



INFEDELTÀ CONIUGALE E RESPONSABILITÀ CIVILE IN ITALIA E IN SPAGNA

ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR

SOMMARIO **1.** Introduzione - **2.** Delimitazione della questione: la deformatizzazione del matrimonio - **3.** Sulla necessità di agevolare la riparazione dei danni causati al coniuge per l'inadempimento dei doveri matrimoniali – **3.1.** Doveri giuridici ma incoercibili - **3.2.** Argomenti contro il risarcimento - **4.** Lo stato attuale della questione nella giurisprudenza italiana e spagnola - **5.** Responsabilità civile per infedeltà nel rispetto alla legalità costituzionale - **6.** Conclusione - **7.** Corollario: Ontologia relazionale versus Individualismo ad oltranza

La difficoltà di delimitare con chiarezza il carattere morale e quello giuridico dei rapporti fra le persone confondendo questi due campi operativi, secondo la terminologia di BOURDIEU ha una lunga storia. Uno dei primi ambiti in cui operò l'attività differenziatrice dei giuristi romani fu di separare il campo giuridico da quello morale, cioè, definire l'ambito che era peculiare dello *ius* dall' altro specifico dell' *officium*; quest'ultimo proprio di un ampio universo sociale nel quale si esprimevano una svariata gamma di doveri sociali o morali imposti *ex honestate* e non *ex iustitia*, e che s' intendevano come propri di un *bonus vir*, condizione questa che si costituiva fuori dal campo esclusivo del Diritto.

Certo che il matrimonio è una realtà che appartiene alla sfera più estesa dei rapporti sociali e che, in quanto tale, è sottoposto alla disciplina propria di quei doveri, ma è anche vero che, dal momento che il Diritto statale ha incluso nel suo ambito proprio il matrimonio, ha assunto una caratterizzazione specificamente giuridica e chiaramente definita che, senza eliminare i più ampi doveri *ex honestate*, ha categorie e nozioni peculiari, tutte giuridiche e unitamente a quest'ultime devono risolversi le questioni che attengono al matrimonio.

Dunque, i “diritti e i doveri tra i coniugi” dei Codici civili, sebbene non conoscano la loro generica attinenza al campo sociale, costituiscono propriamente diritti e doveri di natura giuridica che, fondati nei principi d'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nel contesto del libero svolgimento della personalità, devono essere definiti all'interno del diritto di famiglia e dei principi costituzionali e legali che li governano.

Questa giuridicità si presenta con chiarezza in Italia. Ancora di più, negli anni più recenti si è assistito ad una rivalutazione della rilevanza giuridica dei doveri coniugali, la cui



violazione è stata ritenuta da talune recenti pronunce, fonte di responsabilità da fatto illecito in capo al coniuge che l'aveva posta in essere¹.

In Spagna, a partire dalla Codificazione in avanti, c'è stata una forte tendenza a considerare i doveri personali tra i coniugi, o semplicemente quelli giuridici e non morali, o che essendo giuridici hanno avuto uno specifico carattere morale. Queste considerazioni hanno spiegato effetti che, a mio avviso, non hanno favorito un'adeguata applicazione della regola giuridica dei doveri personali del matrimonio, e una delle sue conseguenze più segnalata è stata la difficile accettazione della responsabilità per i danni patrimoniali e morali, generati nell' inadempimento, non soltanto di questi doveri, ma di molti altri nel diritto di famiglia.

La comparazione tentata di seguito tra la situazione italiana e quella spagnola oggi, prende come esempio la responsabilità civile tra i coniugi per l'infedeltà matrimoniale. La scelta non è, però, casuale se consideriamo che la fedeltà è il dovere personale per antonomasia del matrimonio.

2. Finiti i processi di secolarizzazione del matrimonio nei paesi europei, ognuno con le sue caratteristiche proprie, troviamo oggi un matrimonio, come dire, “deformalizzato”. All'origine di questo processo si trova la riforma protestante, ma culminata in un' “ontologia individualistica” ispirata a tutte le riforme della delicata materia del diritto matrimoniale².

Le tendenze a favore del divorzio hanno raggiunto la loro massima espressione. Lo scandalo che provocava negli anni 80' la possibilità di ammettere indirettamente il divorzio

¹ Aveva già affermato il Trib. Roma, 17 settembre 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 559, che la violazione dell'obbligo di fedeltà da parte di un coniuge può costituire fonte di responsabilità per danni a favore dell'altro se viene fornita la prova di circostanze tali che rendano la suddetta violazione potenzialmente atta a produrre al coniuge un danno patrimoniale; ma, in senso contrario, Trib. Monza, 15 marzo 1997, in *Fam. e dir.*, 1997, p. 462, con nota di ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, che aveva escluso la risarcibilità del danno alla salute conseguente alla violazione del dovere di fedeltà (nel caso di specie detta violazione aveva provocato un grave turbamento, poi degenerato in uno stato depressivo psicologico).

² La rottura delle forme tradizionali della vita sociale, prodotta nell' emergere dell' individualismo, generato in parte per il protestantesimo e il capitalismo, insieme allo spirito di guadagno e del mercato, fece che la realtà della vita sociale fosse così tanto discordante delle norme coinvolte nel vocabolario morale che i vincoli tra il dovere e la felicità, dei greci e cristiani si sciogliono. *Vid.* WEBER, Max, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Sansoni, Firenze, 1970 (1945).



unilaterale attualmente è “fuori moda”, e questo mette in evidenza la concezione di tipo “individualistico” che in tutti i paesi ha avuto un’evoluzione simile³.

In Francia, insieme al divorzio per mutuo consenso (art. 230 *Code*), per accettazione mutua del principio di rottura del matrimonio (art. 233 *Code*), e per colpa di uno dei coniugi (art. 242 *Code*), è regolata nell' articolo 237 del *Code* la possibilità di sollecitare il divorzio a cagione dell'alterazione definitiva del vincolo coniugale. La legge francese n° 439 di 26 maggio 2004, in vigore dal 1 gennaio 2005, ha permesso in modo espresso il divorzio-rimedio⁴. Si tratta di un divorzio fondato sulla constatazione di un dato obiettivo, ovvero, l’alterazione definitiva del vincolo coniugale che, come dispone l’articolo 238 del *Code* francese, risulta dalla cessazione del *consortium vitae* tra i coniugi, quando la separazione di fatto dura da almeno *due anni*, a decorrere dalla presentazione dell’istanza di divorzio. Si deve porre l’accento sulla brevità del termine rispetto a quello stabilito nell’ articolo 237 previgente, conformemente alla legge n° 1975-617 che permetteva ad un coniuge di chiedere unilateralmente il divorzio per rottura della vita allungata in comune, quando i coniugi avevano vissuto separati per almeno sei anni.

In Italia, la legge di 1 dicembre 1970, n° 898 introduce il divorzio nel sistema giuridico italiano, grazie all’esito del *referendum* del 1972, con diverse successive riforme, come quelle introdotte dalla legge del 1 agosto 1978, n° 436 e le successive novelle del 1987. La legge di 11 marzo 1987, n° 74 ha reso possibile il divorzio dopo un periodo di separazione di *3 anni*, anziché, come in origine, di 5 o addirittura di 7 in caso di opposizione dell’altro coniuge. Ed esistono progetti di legge che tendono a ridurre il periodo ad un solo anno.

Cosa accade invece in Spagna dopo il 2005?: Quelle critiche dottrinali posteriori alla riforma del 1981 verso l’apertura della porta a un possibile divorzio unilaterale attraverso l’antica redazione dell’ articolo 86, 4 del *Código civil*, sono state ridotte a “gioco per i bambini”⁵. La legge 15/2005 dell’ 8 luglio stabilisce la separazione e il divorzio “*express*” che

³ STANZIONE, Pasquale, “Rapporti personali nella famiglia: L’esperienza europea”, *Familia* 2001, 04, 1097: “...la feconda stagione culturale intorno alla metà degli anni ’70 ha determinato una sorta di legislazione per contagio –per dirla con Marc Arcel-, sì che dal matrimonio al divorzio si è assistito ad una specie di armonizzazione o comunque ad una tendenza che proprio negli ordinamenti europei –soprattutto continentali- rinviene una conformazione abbastanza omogenea”.

⁴ La nuova redazione dell’ articolo 229 *Code civil* francese in 2004 qui di seguito: “Le divorce peut être prononcé en cas: ... soit d’altération définitive du lien conjugal”.

⁵ L’articolo 86 del *Código civil* spagnolo disponeva prima di 2005: “Son causas de divorcio: ...4º. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges”.



potranno chiedersi, secondo quanto stabilito dai nuovi articoli 81 e 86, “una vez transcurridos 3 meses desde la celebración del matrimonio”⁶.

Perfino nell' America del *Civil Law*, l'unico paese che rimaneva senza alcun tipo di divorzio, il Cile, ammette adesso, insieme al divorzio-colpa (art. 54, inciso 1, legge 19.947 de 2004) e il divorzio per mutuo consenso (art. 55, incisi 1 e 2), il cosiddetto, divorzio-rimedio che consente la richiesta unilaterale dopo che siano trascorsi 3 anni⁷.

Davanti a una situazione così descritta, non osiamo pensare che il matrimonio non abbia adesso nessun altro fine se non quello di truffare l'altro coniuge ricco attraverso una convivenza di soli pochi mesi per ottenere i vantaggi patrimoniali, come accade ovunque per molte situazioni. In Italia alcuni autori propongono e sostengono la declaratoria di addebitabilità della separazione a carico del coniuge che ha tenuto un comportamento contrario ai doveri derivanti dal matrimonio (art. 151, comma 2, c.c.)⁸.

Sarebbe sufficiente per tutelare il coniuge tradito che i rimedi previsti nel diritto di famiglia siano utilizzati. Nonostante la tesi favorevole ad un'automatica corrispondenza tra la violazione dei doveri matrimoniali e la declaratoria di addebito, quest'ultima non può essere accolta perché viene escluso ogni automatismo di giudizio tra la violazione dei doveri coniugali ed il giudizio di addebito della separazione. Il comportamento di un coniuge contrario ai doveri matrimoniali può causare l'addebito della separazione soltanto se ha determinato l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza oppure il grave pregiudizio all'educazione della prole⁹; il dovere violato può essere, è chiaro, l'obbligo di fedeltà, non rilevando, al fine di ritenere la responsabilità del coniuge per comportamento contrario ai

⁶ Il paragrafo 2 del articolo 81 del Codice spagnolo aggiunge le situazioni in cui non sarà preciso neanche il trascorso di 3 mesi: “No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”.

⁷ Articolo 55, inciso 3 ley 19.947: “Habrà lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos 3 años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”. (In quest'ultima frase ha rimasto ridotta l'antica clausola di durezza).

⁸ Art. 151 c.c.: “1. La separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole. 2. Il giudice, pronunziando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio”.

⁹ Cass. 28 maggio 1987, n. 4767. in *Giust. civ. Mass.*, 1987, fasc. 5; Cass. 20 febbraio 1984, n. 1198, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 2; Cass. sez. un., 23 aprile 1982, n. 2494, in *Dir. Ecol.*, 1983, II, 310.



doveri coniugali, che l'altro, “nonostante i reiterati tradimenti, lo continui ad amare e ad essergli affezionato”¹⁰.

La dichiarazione di addebito della separazione appare non essere idonea a riparare le conseguenze negative causate dalla condotta illecita di uno dei coniugi nella sfera d'interessi dell'altro¹¹. Come spiega PATTI: “L'individuo è tale, con tutte le prerogative garantite dall'ordinamento, anche all'interno della famiglia, cosicché le norme poste a tutela della persona non devono trovare alcun ostacolo nelle mura domestiche”¹². D'altro modo, escludere la responsabilità civile in famiglia significherebbe determinare un'immunità per l'illecito commesso dal coniuge, il quale vedrebbe nella separazione e nel divorzio istituti quasi premianti¹³. Quindi, le sanzioni specifiche come l'addebito, non esauriscono i rimedi posti a tutela del coniuge in quanto persona, per il quale la famiglia può e deve costituire un ambito di autorealizzazione e non di compressione dei diritti irrinunciabili, tra i quali quello alla salute, all'incolumità personale, all'onore e gli altri diritti personalissimi del singolo¹⁴.

Al contrario: la mancanza di addebito della separazione di per sé non esclude il ricorso allo strumento risarcitorio¹⁵. Ma allo stesso modo non si può neppure procedere ad una sorta di consequenzialità automatica tra violazione dell'obbligo e risarcimento del danno, perché, come in tutti i campi, il giudizio sulla responsabilità civile deve essere “un giudizio rigoroso”¹⁶. In ogni caso è chiaro che come ha concluso TOMMASINI: “Il diverso ordine di beni e d'interessi tutelati, nel primo caso la coesione della famiglia legittima, nel secondo i diritti personalissimi del singolo, evidenziano che non si attua una duplicazione di sanzioni, ma la realizzazione e la tutela di valori diversi: dalla violazione dei doveri nascenti dal matrimonio scaturisce l'addebito della separazione, dalla lesione dei diritti fondamentali

¹⁰ Cass. 27 novembre 2003, n. 18132, in *Dir. fam.* 2004, 31, con nota di GRECO, *Separazione: la violazione, da parte di uno dei coniugi, dell'obbligo di fedeltà, non legittima automaticamente la pronuncia di addebito*, Cass. 18 settembre 2003, n. 13747.

¹¹ PATTI, Salvatore, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 77: “In altri termini, lo stesso fatto – in ipotesi colposo- rileva quale mero indice della intollerabilità della convivenza ai fini della separazione personale e del divorzio, ma ben può rilevare quale presupposto del risarcimento del danno ove la parte lesa intenda servirsi di uno strumento di tutela che le spetta nei confronti di tutti i consociati. Si consideri, tra l'altro, che una soluzione diversa trasformerebbe le disposizioni relative alla separazione personale ed al divorzio in norme di favore per il coniuge responsabile, determinando un'immunità per l'illecito eventualmente commesso che non trova alcun fondamento nel sistema, né alcuna giustificazione razionale”.

¹² PATTI (n. 11), pp. 32-33. *Vid.* in generale RUSCELLO, Francesco, *I rapporti personali tra coniugi*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 25 ss.

¹³ CICERO, Cristiano, “Responsabilità civile e tutela dei diritti coniugali: verso la configurazione del diritto al risarcimento del danno per violazione della serenità familiare”, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 11, 2449. *Vid.* PATTI (n. 11), p. 77; PILLA, Vittorio, *La responsabilità civile nella famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2006, 197.

¹⁴ BONA, Marco, *Illeciti endo-familiari*, in Paolo Cendon (a cura di), *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, III, UTET, Torino, 2005, 257.

¹⁵ BARBIERA, Lelio, *Il matrimonio*, Cedam, Padova, 2006, 255.

¹⁶ SEBASTIO, Giovanna, *Responsabilità endo-familiare e danno esistenziale*, in Raffaele Torino (a cura di), *Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 76.



della persona umana discende l'applicazione della clausola generale di responsabilità civile¹⁷.

Più ancora, che i coniugi siano o meno sposati, separati, divorziati non inciderà sul conseguimento della piena risarcibilità di quelle lesioni sulle quali si è chiesto il risarcimento, siano essi danni biologici interconiugali, danni morali o danni esistenziali¹⁸.

In Spagna, la responsabilità civile all'interno della famiglia ha trovato scarsa eco. Ciò che appare veramente strano è che alcuni diritti fondamentali di speciale protezione costituzionale (Sezione I del Capitolo II del Titolo I *Costituzione spagnola*) siano stati svolti per "Ley Orgánica" come il diritto all'onore, all'intimità personale e familiare e alla propria immagine (art. 18 Cost. spagnola)¹⁹ ma non altri, quelli "pericolosi" almeno dal punto di vista politico e ideologico, per esempio, il diritto alla vita e il diritto all'integrità fisica e morale (art. 15 Cost. spagnola). In questa situazione, ovviamente, l'inadempimento dei doveri coniugali che toccano i diritti fondamentali di cui all'articolo 18, trova una risposta ma non in termini di tutela civilistica. Nonostante le riforme del 2005 e la correlativa culminazione del processo di desformalizzazione del matrimonio, sembra avere una maggiore predisposizione nella dottrina e nella giurisprudenza, concedere il risarcimento tra i coniugi a causa dell'inadempimento dei doveri coniugali in determinate circostanze.

Davanti a questa lenta evoluzione, per non ingannare coloro i quali hanno il diritto di conoscere i propri diritti soggettivi, è necessario sottolineare che lo *status* di coniuge implica il riconoscimento delle stesse prerogative della persona; i diritti fondamentali del coniuge sono protetti dalle norme costituzionali e tra loro si annoverano: il diritto al "pieno sviluppo della persona umana" (art. 3, comma 2 Costituzione italiana)²⁰, il diritto al "libero

¹⁷ TOMMASINI, Raffaele, "I rapporti personali nella famiglia", *Dir. fam.*, 2006, 02, 681.

¹⁸ CENDON, Paolo e SEBASTIO, Giovanna, "Lei, lui e il danno. La responsabilità civile tra coniugi", in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 06, p. 1257, sfogliano i repertori di giurisprudenza sulle occasioni di offese, disagi o spaesamenti immaginabili che possano conformare il danno esistenziale tra i coniugi, e li riaggruppano in queste categorie: violazioni, anzitutto, di un diritto della personalità del coniuge o di altri diritti fondamentali costituzionalmente protetti; minacce al tenore di vita e al benessere economico, del compagno o del nucleo domestico in quanto tale; torti compiuti da un coniuge in danno dell'altro nella fase di separazione, oppure dopo lo scioglimento del matrimonio; illeciti legati all'universo dei figli, futuri e presenti; violenze grandi e piccole della quotidianità; questioni legate al sesso; comportamenti morbosamente asociali, bizzarri, immaturi. Concludono che i danni di natura esistenziale si fanno "ove appaiono destinate a interagire, in chiave contrastante o patologica, un po' tutti i filamenti connessi alla sfera del 'fare/essere' quotidiano –le voci più importanti, forse, nella vita di ciascun essere umano, al di là di distinzioni legate al sesso, alla provenienza geografica, alle condizioni sociali e culturali, all'età, e così via".

¹⁹ L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

²⁰ Art. 3, comma 2 Cost. italiana: "E compito dalla Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".



svolgimento della personalità” (art. 10 Costituzione spagnola) ma anche il diritto alla sua “dignità personale” (art. 10 Costituzione spagnola)²¹, “il diritto alla salvaguardia e tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità” (art. 2 Costituzione italiana)²².

Per finire, è giusto riconoscere che il Diritto canonico ha messo in evidenza le cause che hanno inciso sulla deformalizzazione del matrimonio: in concreto, la mancanza di amore, la scarsa importanza della distinzione tradizionale tra matrimonio *in fieri* e matrimonio *in facto*, e gli effetti della eccessiva formalizzazione del consenso matrimoniale hanno avuto origine nel Concilio di Trento, dimenticando l’importanza del contenuto del consenso in favore di un *in fieri* “patologico”.

3. SULLA NECESSITÀ DI AGEVOLARE LA RIPARAZIONE DEI DANNI CAUSATI AL CONIUGUE PER L’INADEMPIMENTO DEI DOVERI MATRIMONIALI

3.1. In netta contrapposizione rispetto a coloro che considerano incoercibili i comportamenti umani che integrano gli obblighi personali del matrimonio considerati evanescenti e inafferrabili *sentimenti*²³, c’è l’orientamento di coloro i quali insistono nella loro giuridicità, poiché si rinvergono all’interno di un *Codice civile* e non di un testo di catechismo. I rapporti umani di tipo etico coinvolti in ogni obbligo personale dei coniugi diventano giuridici quando si ubicano nel *Codice*. Nonostante in dottrina in Italia non ci sia alcun dubbio circa la giuridicità di questi doveri,²⁴ in giurisprudenza²⁵ si ritiene che ciascun coniuge

²¹ Art. 10 Cost. spagnola: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Articolo incluso sistematicamente fuori dai diritti fondamentali specialmente protetti (Sectione I del Capitolo II del Titolo primo).

²² Art. 2 Cost. italiana: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

²³ CENDON e SEBASTIO (n. 18), p. 1257: “Il cuore avrà pure le sue ragioni –si ribatte- ma è indubbio che alcune risse e screzi tra gli sposi, appaiano destinate ad ingigantirsi notevolmente; se l’amore domestico è probabilmente inesigibile, è raro che siano però impercettibili all’esterno o non documentabili - certe offese e compromissione della personalità di uno sposo (fra le mura di casa), con le logiche conseguenze che ne derivano nei rapporti quotidiani/relazionali”.

²⁴ BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*, II, Giuffrè, Milano, 2001, 66; PILLA, Vittorio, *Separazione e divorzio: i profili di responsabilità*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 102-104. In contra, SANTORO PASARELLI, Francesco, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, CEDAM, Padova, 1992, pp. 504-505.

²⁵ Anche la giurisprudenza di merito ha riconosciuto la natura pienamente giuridica: *vid.* ad esempio, Trib. Milano 10 febbraio 1999, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 185, con nota di BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?* e in *Dir. fam. pers.*, 2001, 3, 988, secondo la quale “i danni da violazione dei doveri coniugali sono risarcibili, non sussistendo, al riguardo, deroga alcuna alla clausola



non possa avere una vera posizione di diritto soggettivo rispetto agli obblighi matrimoniali. La *coercizione* rimane concetto diverso ed estraneo rispetto a quello di *sanzione* previsto per gli obblighi giuridici. Quegli autori che ancora parlano di “cittadella del bel paese e della gratuità”²⁶ (gratuità per alcuni e non per altri) dovrebbero spiegare perché ammettere una tale immunità²⁷ per un tema quale la violazione ed il risarcimento dei doveri coniugale che, come dice FRACCON, è diventato praticamente “*tabù*”²⁸.

In Spagna, la dottrina del XX secolo ha sottolineato che si tratti di doveri giuridici ma con contenuto morale, determinando indirettamente l'incoercibilità in caso d'inadempimento a tali doveri (solitamente posti in essere in buona fede), ha permesso di costruire fallaci sillogismi sulla base di un salto impossibile da ciò che è morale a quello che è invece giuridico. Sono diverse le motivazioni che sostengono tali opinioni, benché, siano state inaspettatamente influenti le concezioni giuridiche proprie del positivismo e di tutte quelle tradizioni che svincolano il diritto da un certo contenuto o che lo legano, preferibilmente, alla qualificazione di coercitività. Altri orientamenti, criticando anche le interpretazioni formaliste del diritto, ne hanno difeso la giuridicità basandosi sulla volontà dei coniugi. Oggi si può senza dubbio affermare che tali doveri siano giuridici pur essendo

generale di responsabilità di cui all'art. 2043: difatti, ai doveri derivanti dal matrimonio si deve riconoscere natura sicuramente giuridica e non soltanto morale, con la conseguenza che può affermarsi come da essi discenda un diritto soggettivo di un coniuge nei confronti dell'altro a comportamenti rispondenti a tali obblighi; inoltre, le sanzioni specifiche, quali l'addebito, non esauriscono i rimedi posti a tutela del coniuge in quanto persona, per il quale la famiglia può e deve costituire un ambito di autorealizzazione e non di compressione dei diritti irrinunciabili, come quello alla salute, all'incolumità personale, all'onore e gli altri diritti personalissimi del individuo”.

²⁶ LENTI, Leonorato, “Famiglia e danno esistenziale”, in *Il danno esistenziale* (a cura di Paolo Cendon e Patrizia Ziviv), Milano, 2000, Giuffrè, p. 255 ss. Esclude che possa riconoscersi un danno esistenziale tra coniugi, e in generale all'interno della famiglia: ciò sul presupposto che i rapporti affettivi, entro il focolare domestico, appaiono governati dalla logica della gratuità e del dono reciproco. Data la loro peculiarità, le norme che disciplinano i rapporti familiari “devono essere interpretate (o dovrebbero esserlo) in armonia con la loro natura più profonda. È questo che fa di gran parte del diritto familiare un settore retto da principi diversi da quelli che reggono il diritto privato delle relazioni di scambio”. Afferma che nell'ambito dei rapporti di coppia, si assisterebbe ad una “progressiva e sempre maggiore degiuridificazione” degli obblighi derivanti dal matrimonio. Aggiunge che non avrebbe alcun senso “abrogare la colpa nella separazione per poi prevedere che il coniuge, il quale ha fatto molto soffrire l'altro violando i suoi doveri matrimoniali, fosse obbligato a risarcirgli il danno”.

²⁷ Rispondono CENDON e SEBASTIO (n. 18), p. 1257: “Non sembra che la tesi della degiuridificazione della famiglia –accampata per escludere la responsabilità civile tra congiunti- possa vantare una grande consistenza. Anche a voler escludere rilevanza giuridica agli obblighi coniugali, basta considerare che, ove un fatto integri gli estremi di un illecito civile o anche penale, non esiste in effetti alcuna norma che attribuisca un ‘immunità speciale’ in capo al familiare, il quale abbia così agito in danno a un proprio congiunto. Del resto lo stesso autore in esame –può osservarsi- ritiene risarcibile il danno morale ex art. 2059 c.c. in ipotesi di violazione degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570 c.p. Difficile vedere, allora, per quale motivo non si dovrebbe riconoscere il risarcimento del danno in altre figure integranti gli estremi di un illecito civile”.

²⁸ FRACCON, Adalgisa, “I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *Dir. fam. pers.*, 2001, 01, 367.



ciò difficilmente riscontrabile nella pratica per la difficoltà di ascrivere il concetto di responsabilità civile all'interno della famiglia, benché vi siano pronunce che confermano tale assunto.

D'altra parte, siamo davanti a delle norme imperative. Un'altra caratteristica del diritto di famiglia riguarda la qualificazione delle sue norme che sono "regole di condotta imperative", considerazione questa, spesso dimenticata²⁹. Ma l'articolo 160 del *Codice civile* italiano precisa, dal canto suo che "gli sposi non possono derogare né ai diritti, né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio". Benché l'art. 160 è, infatti, collocato in seno al capo IV, intitolato al regime patrimoniale della famiglia, la dottrina ha messo in chiaro che osta ad un'interpretazione riduttiva dello stesso la rilevanza del principio di solidarietà, che nel campo dei rapporti tra coniugi si traduce nei doveri di cui all'art. 143; il precetto pone tali doveri tutti sullo stesso piano³⁰.

3.2. Alcuni autori hanno avvertito il rischio che la possibile insorgenza di una responsabilità civile fra marito e moglie potesse causare un *ritorno al passato* attraverso la *reintroduzione surrettizia della regola dell'indissolubilità del matrimonio* che, come diritto non esiste giacché le costituzioni proteggono i diritti inviolabili della persona umana, la personalità e i suoi sviluppi, ma c'è chi sostiene che la richiesta di risarcimento all'interno della famiglia potrebbe condurre ad introdurre nei nostri ordinamenti, in ossequio al principio della tutela delle minoranze etniche, alla lapidazione delle adulate³¹.

In contrapposizione si può dire che le nostre costituzioni politiche vietano la violenza fisica o morale sulle persone e garantiscono il diritto all'integrità fisica (tra molti altri diritti inviolabili)³² e anche il diritto fondamentale all'eguaglianza³³, che deriverebbe, in questo caso, dalla necessità di parlare, al massimo "di adulteri", così per le donne come per gli uomini. D'altra parte, si potrebbe concludere che se la celebrazione del matrimonio consente di danneggiare delle persone, proprio queste dovrebbero essere risarcite se fossero terzi; quello che dovremmo fare è eliminare questa cattiva e pericolosa istituzione, cioè il matrimonio che deroga, sembra, l'obbligo civile fondamentale della riparazione integrale del danno in tutti gli ordinamenti giuridici continentali. È chiaro che il diritto della persona a

²⁹ In Cass., sez. I, 9 giugno 2000, n. 7859, in *Giur. it.*, 2001, 239, con nota di G. ENRIQUEZ, si afferma che gli obblighi ex art. 143 del *Codice civile*, con riferimento al dovere della fedeltà, costituiscono regole di condotta imperative (art. 143, comma 2 c.c.), oltre che direttive morali di particolare valore sociale.

³⁰ *Vid.* FRACCON (n. 28).

³¹ *Vid.* in questo senso, nota critica di M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, alla sentenza Trib. Milano, 4 giugno, 2002.

³² Art. 13, 4 Cost. italiana e art. 15 Cost. spagnola.

³³ Art. 3, comma 1 e art. 29, comma 2 Cost. italiana e art. 14 e art. 32, 1 Cost. spagnola



non essere danneggiata e il correlativo dovere giuridico di non danneggiare agli altri si trovano vicini alla dignità e alla integrità fisica e morale dell'essere umano, coniugati nell'essenza dei matrimoni che si manifesta nei molteplici aspetti della fedeltà. La mancanza di questo dovere implica il rispetto per la dignità del coniuge, il rispetto incondizionato dovuto al suo stesso essere.

Un orientamento dottrinale sostiene che la configurabilità del risarcimento *ex art. 2043 c.c.*³⁴ *incentiva la conflittualità familiare e la disgregazione della copia* ma, come risponde FRACCON: “basta osservare come una famiglia è tanto più sana ed unita, quanto più i suoi componenti godono di vicendevole rispetto e possono contare sull’attenzione e la cura reciproche; al contrario, laddove i diritti dei singoli vengano conculcati, non tanto in nome di un preteso interesse del gruppo, quanto, come generalmente accade, per la prevaricazione di un coniuge sull’altro, nascono forze centrifughe che, prima o poi, portano alla crisi irreversibile, così pregiudicando, quel che è più grave, la serena crescita dei figli”³⁵. Non può certo costituire una preoccupazione tale da “frenare” la risarcibilità del danno da violazione dei diritti soggettivi quella di incentivare la conflittualità all’interno della famiglia, dal momento che, quando si arriva ad avanzare richieste risarcitorie, è ormai venuta meno la tollerabilità della convivenza e, con essa, la coesione della coppia. L’armonia coniugale si rompe prima dell’interposizione della domanda. Un coniuge non denuncia l’altro se l’armonia è perfetta. Più ancora, come scriveva PATTI, più di 25 anni fa: “... la crisi della famiglia può derivare più facilmente dalla tolleranza della sopraffazione del singolo, piuttosto che da una equilibrata risoluzione di un conflitto secondo le regole che in ipotesi analoghe dettano un adeguato temperamento degli interessi per tutti i consociati. Come avviene all’interno di ogni comunità sociale, è la mancata sanzione del comportamento illecito che favorisce il suo ripetersi e con esso la distruzione dei legami esistenti tra i membri del gruppo”³⁶.

Finalmente, c’è chi adduce come scusa il *principio di specialità del diritto di famiglia*, come avente principi e regole propri all’interno di un sistema chiuso e completo, norme di *ius cogens*, imperative, ecc. Ma è anche vero che la riparazione integrale del danno cagionato e un principio generale del diritto proiettato in tutti gli ordinamenti giuridici del mondo civilizzato hanno origine nel brocardo romano “*alterum non laedere*”.

D’altra parte, e altresì vero che i nostri sistemi giuridici non disconoscono situazioni in cui il rimedio specifico concorre con quello del risarcimento del danno, e in ognuna di queste fattispecie la possibilità di ricorrere ad istituti che albergano fuori dalla disciplina tipica sembrerebbe rispondere a precise ragioni ed esigenze di tutela. Insomma, come

³⁴ Art. 2043 *Codice civile* italiano: “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a [risarcire il danno](#)”.

³⁵ FRACCON (n. 28).

³⁶ PATTI (n. 11), p. 33.



riassume FALCONE: “anche nell’ambito delle relazioni coniugali non si può aprioristicamente escludere una responsabilità civile così come non la si può ammettere sempre e comunque in ossequio ad un presunto principio generale per il quale l’azione aquiliana è esperibile sempre, da sola o insieme al rimedio specifico. Piuttosto, occorre verificare la sussistenza di circostanze e ragioni che giustifichino l’ingresso di una responsabilità civile. Si ritiene, pertanto di dover rifiutare facili generalizzazioni, quale potrebbe essere il riconoscimento del principio, comune a tutto l’ordinamento giuridico, per cui si può sempre esperire un’azione aquiliana anche e a prescindere da disposizioni dettate *ad hoc* contenenti rimedi peculiari. Piuttosto, si deve indagare accuratamente su quale sia la *ratio* delle singole norme per vedere se nella fattispecie ha ragione di esistere anche una responsabilità extracontrattuale”³⁷.

4. Non si può negare una maggiore attenzione e sensibilità delle Corti italiane, da un quindicennio in qua ed una crescente tutela sempre disposta a favore delle vittime, verso le dimensioni affettivo/relazionali dell’individuo³⁸. I primi segnali di apertura del sistema delle relazioni familiari alla responsabilità civile sono pervenuti dalla giurisprudenza di merito³⁹, muovendo dal presupposto della scarsa rilevanza pratica della declaratoria di addebito della separazione; la perdita del diritto all’assegno di mantenimento, infatti, presenta il duplice limite di colpire soltanto il coniuge che ne avrebbe avuto diritto e di non avere alcuna

³⁷ FALCONE, Ida, “La rilevanza dei doveri coniugali tra disciplina di settore e regole di responsabilità civile”, in *Giust. civ.*, 2007, 10, 379.

³⁸ Senza presunzione di completezza, FACCI, Giovanni, CENDON, Paolo y SEBASTIO, Giovanna, *La responsabilità civile fra marito e moglie*, en Paolo Cendon (*a cura di*) con la collaborazione di Enrico Pasquinelli, *Trattati Persona e Danno*, III. *Le persone deboli. I minori. I danni in famiglia*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 2.809-2.811; CENDON, Paolo, *Appunti sul danno psichico*, ivi. 3; CENDON, Paolo e ZIVIV, Patricia, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2000; FRACCON, Adalgisa, “Nuovi approdi della responsabilità civile. Anche la cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra i coniugi”, in *Giur. it.*, 2006, 694; FRACCON, Adalgisa, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Giuffrè, 2003; BONA, Marco, “Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?”, in *Fam. dir.*, 2001, 185; DOGLIOTTI, Massimo, “La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia”, *Dir. fam.*, 2002, 61; DOGLIOTTI, Massimo, “La famiglia e l’altro diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale”, in *Fam. e dir.*, 2001, 159; DOGLIOTTI, Massimo e FIGONE, Alberto, *L’ingiustizia del danno*, in *La responsabilità civile* a cura di Cendon, VIII, UTET, Torino, 1998, 61 ss.; ZACCARIA, Alessio, “L’infedeltà: quanto può costare? Ovvero è lecito tradire solo per amore”, in *Studium Juris*, 2000, 524; MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo, “Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 605; PATTI (n. 11).

³⁹ *Vid.* Trib. Firenze, 13 giugno 2000, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 161, con nota di DOGLIOTTI, ed in *Danno e responsabilità*, 2001, 741, con nota di DE MARZO; Trib. Milano, 4 giugno, 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 278 ss., con nota di FUSARO, *Responsabilità aquiliana nei rapporti tra coniugi e tutela della personalità*, Trib. Milano 10 febbraio 1999, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 185, con nota di BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?* e in *Dir. fam. pers.*, 2001, 3, 988; Trib. Milano, 24 settembre 2002, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 486, con nota di FACCI, *L’infedeltà coniugale e l’ingiustizia del danno*; Trib. Savona 5 dicembre 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 248, con nota di LONGO, *Famiglia e responsabilità civile: rapporti tra i coniugi e danno risarcibile*.



conseguenza in presenza di modeste capacità finanziarie dell'obbligato. Anche la perdita del diritto a succedere è una sanzione nella pratica svuotata di significato dall'istituto del divorzio. Pertanto, la dichiarazione di addebito può essere inidonea a riparare le conseguenze negative, provocate dalla condotta illecita di un coniuge, nella sfera di interessi dell'altro, se teniamo in considerazione che l'infedeltà, in relazione alla violazione dei doveri derivanti dal matrimonio, rappresenta la più frequente ragione di addebito⁴⁰. Nondimeno è da escludere che la funzione risarcitoria sia svolta dall'assegno di mantenimento o di divorzio, la cui natura è, secondo l'orientamento maggioritario, esclusivamente assistenziale a seguito della legge n° 74 del 1987. Neanche le sanzioni penali di norma sono sufficienti a tutelare il coniuge, anzitutto perchè i caratteri restrittivi delle fattispecie delittuose sembrano ostacolare un' applicazione ampia e adattabile alle diverse situazioni bisognevoli di tutela⁴¹, ma anche in quanto è improbabile che nell'ambito delle relazioni familiari la tutela penale possa condurre a risultati effettivi⁴² con solo il contenuto dell'articolo 570 del *Codice penale* che esclude la violazione del dovere di fedeltà⁴³ e, alla fine, “per la considerazione che nella *law in action* i reati finiscono talora –vuoi per la crisi della giustizia penale, vuoi per l'estinzione del reato per prescrizione, vuoi per il patteggiamento da parte del reo, vuoi per altre ragioni- per non essere effettivamente perseguiti”⁴⁴ e quando lo sono, la condanna penale non riesce a cancellare il pregiudizio e il dolore causato⁴⁵. Certamente non si può non

⁴⁰ DE FILIPPIS, Bruno, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padova, 2002, 500.

⁴¹ Con riferimento al problema della procedenza o meno della responsabilità aquiliana nell'inadempimento dei doveri coniugali RUSCELLO (n. 12), pp. 338-339: “La questione, sempre in termini generali non dà diverse soluzioni anche in dottrina. In linea di massima, non si può tacere che il problema sarebbe risolvibile sicuramente se fosse possibile qualificare le situazioni soggettive coniugali alla stregua di situazioni ‘obbligatorie’. Per contro, esse non sono così qualificabili, sì che, da questa angolazione, sembrerebbero escluse soluzioni di tipo risarcitorio [...]. Queste conclusioni si giustificano in considerazione della comunione di vita materiale e spirituale che caratterizza la formazione sociale familiare, in cui sia il perdono, sia la tolleranza costituiscono[...]. Diversamente si pone il problema di fronte al comportamento del coniuge che, ‘per la sua intrinseca gravità o per il suo ripetersi nel tempo, è idoneo ad incidere negativamente sulla funzionalità del rapporto’, senza con ciò integrare gli estremi del reato: vio può, cioè, essere un comportamento contrario a un dovere coniugale ma non per ciò, correlativamente a esso, un reato”.

⁴² SESTA, Michele, *L'illecito endofamiliare nella recente evoluzione giurisprudenziale*, III° Congresso di aggiornamento professionale forense svolto a Roma il 3-5 aprile 2008.

⁴³ FACCI, Giovanni, “L'illecito endofamiliare al vaglio della cassazione”, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 372: “Anche la tutela penale non può essere in grado di proteggere il coniuge danneggiato, in quanto l'art. 570 c.p., riguardante la violazione degli obblighi di assistenza familiare, si riferisce soltanto alla violazione del dovere di assistenza economica o morale [...]. Senza considerare poi che la responsabilità penale in questo settore costituisce una strada che solo raramente viene intrapresa dalle vittime e che solo di rado conduce a risultati certi”.

⁴⁴ CENDON e SEBASTIO, Giovanna (n. 18), p. 1257.

⁴⁵ *Ibidem*: “In effetti: come non vedere che il pregiudizio e il dolore risentito (poniamo) da una donna la quale subisca un tentativo di uxoricidio, che venga percosso sistematicamente entro le mura di casa, che si veda costretta dal compagno a prostituirsi, che si scopra diffamata o calunniata dal suo sposo, oppure sfregiata, molestata sessualmente, rinchiusa in cucina con la forza, magari incatenata al letto, sbeffeggiata, punzecchiata,



tenere conto della crescente percentuale di reati commessi annualmente in Italia tra le mura domestiche né si può omettere che le vittime del danno sono soprattutto donne e che i giudici sono soprattutto uomini; la proposta avanzata di escludere, in casi del genere, la vittima da qualsiasi possibilità di tutela risarcitoria condurrebbe ad un ritorno ai diritti primitivi del rafforzamento della prepotenza del *paterfamilias*⁴⁶. Invece, si deve lasciare la possibilità del ricorso alla misura aquiliana aperta a beneficio del danneggiato.

La giurisprudenza di cassazione, d'altra parte, fino a pochi anni fa non aveva fornito risposte univoche sul punto dell'applicabilità della tutela aquiliana alla violazione degli obblighi familiari; da una risalente posizione di sostanziale apertura⁴⁷, ha fatto seguito un indirizzo più restrittivo, chiaramente fondato sul convincimento che "le regole che disciplinano la materia familiare costituiscano un sistema chiuso e completo"⁴⁸, propenso a negare la configurabilità di un ristoro in via risarcitoria del pregiudizio cagionato dalla violazione dei doveri coniugali⁴⁹. La sentenza del Tribunale di Milano, 10 febbraio 1999 conclude: "le sanzioni specifiche, che costituiscono una tutela della famiglia, come formazione sociale primaria e, altresì, dei suoi componenti, non esauriscono, a parere del Collegio, i rimedi a tutela del coniuge adempiente in quanto persona, per il quale la famiglia può e deve costituire un ambito di autorealizzazione e non di compressione dei diritti irrinunciabili, quali quello della salute, dell'incolumità personale, dell'onore, ecc".

Attualmente, dottrina e giurisprudenza unanimemente riconoscono la risarcibilità del danno endofamiliare, sempre che la condotta del coniuge contraria ai doveri nascenti dal matrimonio abbia altresì cagionato un '*danno ingiusto*' suscettibile di essere risarcito ai sensi

contagiata da malattia venerea, e così via, non verrà affatto cancellato e ristorato per la sola circostanza che il compagno autore di quel fatti subisca poi –anche in misura severa- la condanna penale per essi prevista?"

⁴⁶ Cfr. CENDON e SEBASTIO (n. 18), nota 29.

⁴⁷ Cass. 19 giugno 1975, n. 2468, in *Mass. Foro it.*, 1975, c. 591.

⁴⁸ Cass. 10 febbraio 2005, n. 9801. Ricordando questa sentenza, quella del Tribunale di Brescia 14 ottobre 2006, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 57 ribadisce come "il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume il connotato di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo da un lato ritenersi che diritti definiti inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare [...] e dovendo, dall'altro lato, escludersi che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio riceva la propria sanzione, in nome di una presunta specificità, completezza ed autosufficienza del diritto di famiglia, esclusivamente nelle misure tipiche previste da tale branca del diritto [...] dovendosi, invece, predicare una strutturale compatibilità degli istituti del diritto di famiglia con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti, con la conseguente, concorrente rilevanza di un dato comportamento sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinenti statuizioni di natura patrimoniale, sia quale fatto generatore di responsabilità aquiliana".

⁴⁹ SESTA (n. 42).



degli art. 2043 ss. *Codice civile*⁵⁰. Cioè, nell'ambito dei rapporti tra coniugi, l'art. 2043 può trovare applicazione nel caso in cui la condotta, particolarmente grave, del coniuge abbia violato non solo uno dei diritti nascenti dal matrimonio, ma abbia provocato anche la lesione di un '*interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento*'. Quindi, la semplice violazione dei doveri matrimoniali non può legittimare una condanna al risarcimento del danno, ma se si accerta che la condotta di un coniuge ha cagionato un '*danno ingiusto*' nell'ambito della sfera di interessi dell'altro, troverà applicazione l'art. 2043 c.c.⁵¹; ciò che viene in rilievo, pertanto, è l'esistenza o meno dell'ingiustizia del danno, in quanto la tutela del danneggiato non può subire limitazioni, derivanti del fatto che il danno sia stato cagionato dal coniuge⁵² e con riferimento al dovere di fedeltà, di solito non è fonte di responsabilità civile, tendenzialmente, se non là dove oltrepassate certe soglie estreme di ingiuriosità o di arroganza⁵³. L'indagine diretta ad accertare le circostanze nelle quali la violazione del dovere di fedeltà può provocare un '*danno ingiusto*' e quindi essere fonte dell'obbligo di risarcire il danno, deve muovere, necessariamente, dal significato che si attribuisce al dovere di fedeltà, ma l'esclusiva sessuale appare inadeguata rispetto ad una prospettiva che configura i rapporti fra coniugi sulla base di una comunione di vita che non è solo materiale ma è anche e principalmente spirituale⁵⁴. Attualmente, la nozione di fedeltà viene avvicinata a quella di "lealtà", in quanto essa consiste nell'impegno dei coniugi di non tradire la fiducia reciproca, ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale⁵⁵. Siccome la famiglia è lo strumento di realizzazione dell'individuo, non già un bene rispetto al quale, nella gerarchia dei valori costituzionali, il singolo dovrà rinunciare, a fronte di gravi illeciti, alla tutela primaria della persona in quanto tale, lo *status* di coniuge non può certo comportare una riduzione ed una limitazione delle prerogative della persona, della sua tutela, ma semmai un

⁵⁰ Di solito sarà coincidente, ma non sempre, la verifica del '*danno ingiusto*' con la violazione dei doveri matrimoniali oppure con la declaratoria di addebito. *Vid.* Cass., 26 maggio 1995, n. 5866, in *Giur.it.*, 1997, I, 1, c. 843; Trib. Firenze, 13 giugno 2000, cit.

⁵¹ CENDON e SEBASTIO (n. 18), p. 1279.

⁵² SESTA, Michele, "Mutamenti familiari e responsabilità civile" in *1975-2005, 30 anni di evoluzione del diritto di famiglia e prospettive di riforma*, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Verona: "E' stato infatti evidenziato come l'art. 2043 c.c. debba in linea di principio applicarsi anche ai rapporti tra coniugi, poiché non vi sono motivi per ritenere che lo *status* di coniuge possa comportare una riduzione ed una limitazione alla tutela della persona; tuttavia, ciò presuppone che la condotta del coniuge abbia cagionato un danno ingiusto nell'ambito della sfera di interessi dell'altro, senza, peraltro, che ciò porti a concludere che la semplice violazione dei doveri matrimoniali possa in sé legittimare una condanna al risarcimento del danno".

⁵³ Cass. 19 giugno 1975, n. 2468, in *Mass. Foro it.*, 1975, c. 591; Corte d'Appello di Torino, 21 febbraio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 1555, nonché in *Arch. Civ.*, 2000, 867 e in *Fam. dir.*, 2000, 475, con nota di DELCONTE; Trib. Firenze, 13 giugno 2000, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 161, con nota di DOGLIOTTI, ed in *Danno e responsabilità*, 2001, 741, con nota di DE MARZO.

⁵⁴ RUSCELLO, Francesco, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, Giuffrè, Milano, 2002, 744.

⁵⁵ *Vid.* sulla estensione del dovere di fedeltà matrimoniale, NOVALES ALQUÉZAR, M^a Aránzazu, *Las obligaciones personales del matrimonio en el Derecho comparado*, tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pp. 507-522.



aggravamento delle conseguenze a carico del familiare responsabile⁵⁶ per il carattere così sensibile delle relazioni familiari⁵⁷.

In questo modo, il risarcimento del danno, pertanto, può trovare applicazione solo nel caso in cui la condotta, particolarmente grave, del coniuge abbia violato non solo uno dei diritti nascenti dal matrimonio, ma abbia anche provocato la lesione di un interesse ulteriore tutelato dall'ordinamento, e sia provato il nesso eziologico tra il fatto aggressivo ed il 'danno ingiusto'. In tal caso, infatti, se non si riconoscesse il risarcimento del danno, tale interesse rimarrebbe privo di tutela, perché non potrebbe essere compensato con i rimedi specifici previsti nell'ambito del diritto di famiglia. RICCIO sostiene, con riferimento alla possibilità di un risarcimento del danno per la violazione dei doveri coniugali che, secondo l'articolo 2043, si devono distinguere tre ipotesi: 1^a Il caso in cui la violazione dei doveri dell'articolo 143 non sia così grave tale da implicare la rottura del rapporto coniugale. 2^a Il caso in cui la violazione coinvolga l'applicazione dell'articolo 151 c.c. 3^a Il caso in cui la violazione dei doveri possa rendere possibile l'applicazione dell'articolo 151, ma anche danneggiare l'ulteriore posizione giuridica dell'altro coniuge⁵⁸.

Segnatamente, la Corte ha messo in evidenza come il rapporto tra violazione dei doveri coniugali e responsabilità aquiliana debba essere inquadrato nel più ampio contesto del risarcimento del danno per lesione di un interesse costituzionalmente rilevante ex art. 2059 c.c., in forza del nuovo assetto della risarcibilità del danno alla persona, delineato dalla giurisprudenza di cassazione e costituzionale⁵⁹. L'art. 2059 c.c., infatti, consente di offrire tutela risarcitoria alla persona che abbia subito la lesione di situazioni giuridiche non patrimoniali costituzionalmente garantite; il riferimento operato da questa norma ai casi

⁵⁶ PATTI (n. 11), pp. 32-33. Si veda in generale RUSCELLO (n. 12), 337 ss.

⁵⁷ CENDON e SEBASTIO (n. 18), p. 1257 ss.: "È plausibile che riflessi come quelli ingenerati dalle violazioni della *privacy*, dagli eccessi di severità, dalle ingiurie sistematiche, dalle truffe grandi e piccole - e tutto il resto ancora: bugie e condotte fraudolente, scarnificazioni impercettibili, scenate, dimostrazioni di sfiducia, tirchierie eccessive, micro-maltrattamenti fisici o psichici, muscoli lunghi per giorni di seguito, porte sbarrate all'ascolto, voce alta a ogni discorso, congiure più o meno sottili, violenze nel linguaggio, preferenze smaccate, mancanza di indulgenza, premi dati senza merito e rimbrotti senza fondamento- saranno di ben diversa velenosità e persistenza, nella gran parte dei casi, a seconda che si tratti di torti germogliati e patiti in famiglia oppure, rispettivamente, in ambienti esterni".

⁵⁸ RICCIO, Giovanni Maria, *Famiglia e responsabilità civile*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico* diretto da Gabriella Autorino Stanzione, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 394-395.

⁵⁹ Per esempio, FERRANDO, Gilda, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in Paolo Cendon (a cura di) con la collaborazione di Enrico Pasquinelli, *Trattati Persona e Danno, III. Le persone deboli. I minori. I danni in famiglia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 2.785: "Nella sua giurisprudenza più recente, la Corte di cassazione respinge la 'tradizionale restrittiva lettura dell'art. 2.059, ..., come diretto ad assicurare tutela soltanto al danno morale soggettivo', e propone una nozione di danno non patrimoniale come 'categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona' costituzionalmente garantito, dalla quale conseguono pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, senza soggezione al limite derivante dalla riserva di legge di cui all'art. 185 c.c.". *Vid.* anche Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 16 marzo 2005, n. 1096, in CD-ROM *Famiglia e diritto*.



previsti dalla legge⁶⁰ deve essere inteso, a seguito dell'entrata in vigore della Carta fondamentale, comprensivo delle norme costituzionali, così ampliando la risarcibilità del danno non patrimoniale oltre le limitate ipotesi in cui la condotta non integri fattispecie penalmente rilevanti. Pilastro del mutamento dell'orientamento della Cassazione sull'interpretazione dell'art 2059 c.c. è la sentenza 31 maggio 2003, che ha affermato che:

“l'interesse all' intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 Cost.” costituisce un “interesse protetto, di rilievo costituzionale, non avente natura economica, *la cui lesione non apre la via ad un risarcimento ai sensi dell'art. 2043, nel cui ambito rientrano i danni patrimoniali, ma ad un risarcimento (o meglio ad una riparazione), ai sensi dell'art 2059...*”⁶¹.

Secondo l'orientamento di questa sentenza, la Corte di Cassazione ha confermato l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da offesa di valori inerenti alla persona, sia il danno morale soggettivo, cioè, l'ingiusta sofferenza contingente per la lesione dell'integrità morale, tutelata *ex art. 2 Cost.*, sia il ‘*danno biologico*’ in senso stretto, inteso come pregiudizio dell'interesse costituzionalmente garantito all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.), sia l'ulteriore ‘*danno non patrimoniale*’, cioè, ‘*esistenziale*’, derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona⁶². Questo consiste nella perdita o nell'impedimento di un'attività, in un *non facere*, nella privazione di un'attività o di un rapporto, con conseguenze di natura psicologica, che si traducono in cambiamenti peggiorativi permanenti, anche se non sempre definitivi, delle proprie abitudini di vita e delle relazioni interpersonali⁶³. Al giudizio di FERRANDO, due sono le tappe dell'evoluzione della responsabilità per fatto illecito come strumento idoneo a rendere una protezione delle situazioni giuridiche di natura personale efficaci⁶⁴.

⁶⁰ Art. 2059 c.c.: *Danni non patrimoniali*: “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”.

⁶¹ Cass. 31 maggio 2003, n. 8827-8828, in *Danno e resp.*, 2003, p. 816, con nota di BUSNELLI, *Chiaroscuro d'estate. La Corte di cassazione e il danno alla persona*; di POZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di cassazione*, e di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, e in *Foro it.* 2003, I, 2274, con note di LA BATTAGLIA e di NAVARRETTA, *Danni non patrimoniale: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; “L'art. 2059 va in paradiso”, in *Resp. Civ.*, 2003, p. 676, con note di CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà*.

⁶² *Vid.* per esempio, FALCONE (n. 37), 379.

⁶³ La sentenza 8828/03 afferma dunque che la risarcibilità del danno esistenziale presuppone che la lesione riguardi i diritti inviolabili della persona riconosciuti nella Costituzione: l'art. 29 Cost. certo non attribuisce tale rango a tutti i diritti dei componenti della famiglia l'uno nei confronti dell'altro.

⁶⁴ FERRANDO (n. 59), pp. 2.784-2.785: “La responsabilità per fatto illecito, d'altra parte, ha subito in questi anni un'evoluzione che la ha resa strumento sempre più efficace di protezione delle situazioni giuridiche di natura personale. Ed è questa, a mio giudizio, una delle ragioni che spiega la sua avanzata all'interno della



Insomma, la violazione di diritti fondamentali della persona umana, collocati al vertice della gerarchia dei diritti costituzionalmente garantiti deve essere risarcita, secondo la Suprema Corte italiana quale lesione in sé ed indipendentemente dai suoi profili patrimoniali, non come “danno morale”, ma come “danno esistenziale” e secondo la regola di responsabilità contenuta nell’art. 2043 del *Codice civile*, in combinato disposto con la disposizione dell’art. 2 Cost.⁶⁵ L’art. 2043 del *Codice civile*, infatti, che è la norma di riferimento della responsabilità aquiliana, è esso stesso espressione di quel dovere generale di solidarietà che connota così intensamente i rapporti familiari, dimodoché non sembra esservi incompatibilità tra i due istituti, ma piuttosto un’ontologica affinità⁶⁶.

In Italia è possibile osservare una elaborazione più ricca che in Spagna delle logiche concettuali, della nomenclatura e degli strumenti metodologici utilizzabili nello svolgimento della responsabilità civile nell’ambito così chiamato “endofamiliare”. Una tassonomia precisa consente di distinguere tra ‘danno esistenziale’ che è identificato con il ‘danno non patrimoniale’ e con “danno all’attività realizzatrici della persona”, (attuali o potenziali non importa), dal diverso ‘danno morale’ e anche dal ‘danno biologico’⁶⁷ e dal ‘danno psichico’⁶⁸ che ha distinte categorie⁶⁹ e oscilla tra gli obiettivi più elevati della competizione intersoggettiva, a

cittadella del diritto di famiglia. Per quanto concerne il discorso che andiamo conducendo, due mi sembrano le tappe di questo processo che meritano una segnalazione. In primo luogo, l’evoluzione della nozione di danno ingiusto approdata ora ad una definizione in termini di lesione di un ‘interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento’, dove il riconoscimento di tale qualificazione diviene l’esito di un ‘bilanciamento’ tra gli interessi contrapposti, condotto alla luce dei principi fondamentali dell’ordinamento. In secondo luogo, l’evoluzione della nozione di danno, non più costretto in una dimensione meramente patrimoniale, ma capace di abbracciare i pregiudizi arrecati alle ‘attività realizzatrici della persona’.

⁶⁵ *Id.* per esemplare Trib. Venezia, 30 giugno 2004, sulla responsabilità genitoriale, citata per SEXTA (n. 52).

⁶⁶ FRACCON (n. 28), 367.

⁶⁷ CASSANO, Giuseppe, “Danno esistenziale e sistema della responsabilità civile alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale”, *Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali*, n° 11-2003, novembre, 2003: “La via da seguire sembra, allora, quella di valorizzare il valore uomo assorbendone la categoria del danno biologico, nella consapevolezza che ‘non di sola salute vive l’uomo’ (Cendon, *Rivista critica del diritto privato*, 1998, 567) sicché il danno esistenziale rivendica la risarcibilità delle conseguenze non patrimoniali della lesione di qualsiasi interesse (non solo della salute) giuridicamente rilevante per la persona”.

⁶⁸ Cass. 6 febbraio 2007, n. 2546 statuisce che: “il danno esistenziale [...] non costituisce una componente o voce né del danno biologico né del danno morale, ma un autonomo titolo di danno, il cui riconoscimento non può prescindere da una specifica allegazione”. TOPPETTI, Francesca, “Il danno psichico nell’ordinamento italiano e nell’esperienza dei paesi di Common Law”, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 06, 1591 tira in ballo, con riferimento all’esperienza dei paesi di Common Law, la contrapposizione tra “danno psichico riconoscibile” (*recognisable psychiatric illness*) e “sofferenza psichica o emotiva” (*mental or emotional distress*).

⁶⁹ TOPPETTI (n. 68), 1591: “È possibile individuare tre distinte categorie di danno psichico: 1°, quello conseguente a lesione organica di natura neurologica, dovuto cioè ad un trauma che colpisce direttamente il cervello, ledendone la funzionalità ed in tal caso lo scadimento psico-intellettuale può essere accertato nella sua consistenza anatomica e valutato con i criteri obiettivi applicabili agli effetti funzionali di ogni altro apparato. 2°, va considerato il danno psichico conseguente ad altra lesione fisica, quale ad esempio può essere il caso di una



quelli della semplice conquista della serenità e dell'equilibrio individuale⁷⁰. La Corte costituzionale ha affermato che mentre il *'danno morale'* si esaurirebbe "in un patema d'animo o in uno stato di angoscia transeunte"⁷¹, il *'danno psichico'* altro non sarebbe che "il momento terminale di un processo patogeno originato dal medesimo turbamento dell'equilibrio psichico che sostanzia il danno morale soggettivo" e che degenera in un "trauma fisico o psichico"⁷².

In questo punto, la dottrina ha messo in luce lo stretto legame tra l'illecito endofamiliare e il *'danno esistenziale'*, la quale categoria, dovuta in parte alle indicazioni della dottrina e in parte all'operato della giurisprudenza, di merito e di legittimità, trova una grande incidenza nell'universo domestico giacché quest'ultimo svolge, d'abitudine, un vasto ruolo, per la promozione e il sostegno delle attitudini (relazionali, emotive, sociali, culturali) dei suoi componenti. L'esistenza della persona si svolge in famiglia⁷³; quindi, dove si cagiona un *'danno esistenziale'*, di solito si scopre che la causa ha origine nel focolare domestico, tra gli affetti più stretti⁷⁴.

grave depressione, sviluppatasi in seguito alla perdita di un arto, con tutte le limitazioni pratiche e simboliche che essa determina. [...]. 3°, viene in considerazione il c.d. *danno psichico puro*, che si verifica cioè indipendentemente da una lesione fisica: l'*emozione* come causa di effetti morbosi rileva infatti sia come agente occasionale su equilibri spiccatamente precari, sia come vera e propria causa determinante di conseguenze patologiche consistenti. Quest'ultima categoria postula l'ipotizzabilità di una casistica molto vasta, poichè un *'danno psichico puro'* può conseguire alla perdita di un congiunto o alla sua grave lesione, ad un comportamento doloso (come nelle ipotesi di reati di diffamazione, calunnia e di lesione alla riservatezza e all'immagine), all'essere soggetti a condizioni ambientali o di lavoro intollerabili".

⁷⁰ CENDON e SEBASTIO, Giovanna (n. 18), p. 1257 ss.: "Un non poter più fare le stesse cose di prima, è stato detto, un doverne fare altre o meno gradite; un'agenda diversa e peggiore. E si è parlato, ulteriormente, della 'vita di ogni giorno', come realtà accolta finalmente entro l'arena del diritto, senza più finzioni o timidezze. Si è fatto riferimento alla 'normalità' turbata, agli agguati cui sarebbe esposto il 'diritto alla realizzazione personale' (posizione strettamente ricollegabile all'art. 3 della Costituzione). Ci si è richiamati a una lettura in chiave sociologica/antropologica delle disposizioni sulla famiglia, a cominciare dagli art. 29-30 Cost. E così avanti".

⁷¹ Il "danno morale" soggettivo consiste nel "transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima", è cioè un danno di natura esclusivamente psicologica che si esaurisce nel dolore provocato dal fatto dannoso. *Vid.* Corte costituzionale, sentenza 11 luglio 2003, n. 233, in *Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, 2003, 31, pag 32, e in *Giur. it.*, 2004, 723, con nota di CASSANO; Cass. pen., sentenza 22 gennaio 2004, n. 2050, in www.infoleges.it.

⁷² Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297.

⁷³ CENDON e SEBASTIO (n. 18), p. 1257 ss: "Nel raggio applicativo del (risarcimento per il) danno esistenziale è destinato a ricadere, volendo utilizzare la nota formula della Corte costituzionale, l'insieme delle *'attività realizzatrici'* dell'individuo; quella della famiglia si atteggia, per definizione, come una delle formazioni sociali a più ricca densità di ispirazione e accompagnamento, in vista delle iniziative (specie quelle 'a-reddituali') della persona; famiglia e danno esistenziale mostrano, in sostanza, di trarre linfa da matrici ideali abbastanza vicine e di parlare, sui rispettivi terreni, linguaggi non dissimili fra loro; [...]. le minacce di cui stiamo discorrendo attongono, virtualmente, pressoché a ogni ritaglio della quotidianità (sul piano comunicativo, sentimentale, professionale, assistenziale, giocoso, associativo, etc.)".

⁷⁴ *Ibidem*. "Là dove siano riscontrabili tracce di un danno esistenziale, risentito da taluno, non di rado finiremo per incontrare (nella storia vicina o lontana della vittima) fondali d'ordine affettivo, domestico; e, per



E non c'è dubbio dell'enorme *'danno esistenziale'* che può essere cagionato al coniuge all'interno del suo rapporto con l'altro dal punto di vista dell'inadempimento alla fedeltà e quello che coinvolge tale inadempimento: "Ecco così i tratti riportabili, in termini immediati, al *Leit-motiv* della comunicazione, dell'affettività, della sessualità. Il diritto-interesse alla fedeltà, certamente, ma anche il bisogno della confidenza (tendenziale e prevalente), le aspettative al dialogo e alla complicità circa i sogni, le sfide o i progetti vicini e lontani –quelli della coppia e quelli di ciascuno dei suoi membri. Diritto alla comprensione per la propria fisicità e originalità pulsionale, alla condivisione o all'udienza rispetto ad ogni inclinazione (non impresentabile e non perversa, beninteso); diritto all'abbandono emotivo, forse a tutte le gioie del sesso, comunque al riscontro dei propri gesti, alla tenerezza ricambiata, ad esser percepiti come soggetti desideranti"⁷⁵.

Accanto al c.d. *'danno esistenziale'*, la giurisprudenza a volte non esclude la risarcibilità del *'danno morale soggettivo'*, ovverosia della transeunte sofferenza patita dalla vittima, e del *'danno biologico'*, inteso come alterazione psicopatologicamente apprezzabile.

RICCIO ricorda che la prima sentenza che ha riconosciuto un rapporto tra il diritto di famiglia e la responsabilità civile è stata una pronuncia della Cassazione del 19 giugno 1975 sulla violazione del dovere di fedeltà⁷⁶, che ammette in astratto il risarcimento del danno patrimoniale derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà, purché sia provata "l'incidenza patrimoniale concreta, o quantomeno potenziale, di quell'illecito".

Successivamente, però, si è sentito il bisogno di trovare un modo che consentisse di dare ristoro alle lesioni non aventi natura patrimoniale, le quali rimanevano ancora prive di tutela. E così, ostandovi la riserva di legge dell'art. 2059 del *Codice civile*, si è assunta come norma di riferimento l'art. 2043, richiamando un risalente meccanismo che consente di ampliare i casi di risarcimento in considerazione dell'atipicità dei fatti illeciti che discende dalla clausola generale del *'danno ingiusto'*. Peraltro, di fronte allo sbarramento posto dall'art. 2059, da più parti si è andata diffondendo l'idea di un'ulteriore tipologia di danno, quello esistenziale, tale da consentire il risarcimento anche al di fuori delle ipotesi di reato o di quelle altre appositamente previste dal legislatore.

converso, là dove a venire in risalto sia il nodo della famiglia, presto o tardi accadrà d'imbattersi, guardando al vissuto o alla cartella dei suoi membri, in ripercussioni come quelle ora in esame".

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ RICCIO (n. 58), p. 395: "Più confusa la decisione di Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in *Gius*, 2000, p. 2.137, nella quale si afferma, in astratto, la responsabilità ex art. 2043 c.c. per violazioni dei doveri coniugali, ma poi il risarcimento è accordato in virtù di un danno biologico provato dalla moglie. È evidente però che, in caso di danno biologico, sia tutelata la salute del coniuge e non la vita familiare".



Quello che importa è provare che il danno non è *in re ipsa* e non deriva automaticamente dalla violazione dell' articolo 143 del *Codice civile*. La decisione del Tribunale di Milano del 7 marzo 2002⁷⁷, mette in chiaro la necessità di “verificare con speciale rigore la sussistenza di un danno oggettivo conseguente, a carico dell’altro coniuge e la sua riconducibilità in sede eziologica non già alla crisi coniugale in quanto tale, per sé di norma produttiva di uno stato di sofferenza psico-emotiva, affettiva e relazionale, oltre che talora di disagio economico e comportamentale a carico di almeno una delle parti, ma alla condotta trasgressiva e perciò lesiva dell’agente, proprio in quanto posta in essere in aperta e grave violazione di uno o più dei doveri coniugali”.

Nell' analisi della giurisprudenza italiana più recente che apporta dei dati sulla relazione tra l'inadempimento del dovere di fedeltà matrimoniale e la possibilità del risarcimento del danno causato per lo stesso, troviamo:

---Il Tribunale di Brescia 14 ottobre 2006⁷⁸, ha riconosciuto come sia fonte di responsabilità extracontrattuale nei confronti della moglie l'infedeltà omosessuale del marito che cagioni un grave pregiudizio alla dignità della consorte, alla sua personalità e all' esplicazione della stessa all'interno della famiglia. Nel caso il Tribunale ha quantificato il danno esistenziale in 40.000 Euro, tenendo conto che la scoperta dell'infedeltà omosessuale aveva provocato una situazione di grave turbamento dovuto al legittimo sospetto di aver contratto qualche grave malattia a seguito di rapporti sessuali con il marito che ha sicuramente alterato negativamente la qualità della vita della moglie. Il Tribunale liquidava il danno non patrimoniale in 40.000 Euro, cifra assai rilevante tenuto conto dei modesti redditi dell'obbligato (16.000 Euro l'anno)⁷⁹. Per il tribunale la relazione extraconiugale omosessuale intrattenuta dal marito, avrebbe “vulnerato la personalità della prima (moglie) non solo nell'aspetto della dignità ma anche nella sua dimensione sessuale”.

La decisione è stata riformata in seconda istanza. La Corte d'Appello di Brescia 5 giugno 2007⁸⁰, ritiene che non possa essere avallata la ricostruzione del giudice di primo grado che attribuiva rilevanza decisiva al carattere omosessuale dell'infedeltà ai fini della valutazione dell'ingiustizia del danno e conclude per l'insussistenza di un ‘*danno ingiusto*’ sulla base del rilievo che, nel giudizio comparativo tra il diritto del coniuge ad autodeterminarsi nella vita di relazione ed il dovere di fedeltà, la relazione extraconiugale, sia essa

⁷⁷ In *Giur. it.*, 2003, p. 927.

⁷⁸ In *Fam. e dir.*, 2007, p. 57.

⁷⁹ Nei motivi della decisione la sentenza si richiama a quella della Suprema Corte 10 maggio 2005, n. 9801.

⁸⁰ In *Fam. e dir.*, 2008, fasc. V, con nota di FACCI, *Infedeltà omosessuale del marito: alla moglie non spetta il risarcimento perchè non vi è danno ingiusto*, 59 ss. chi fa discendere l'ingiustizia del danno semplicemente dalla omosessualità della relazione extraconiugale e, richiamando la Direttiva n. 2000/78/CE che vieta la discriminazione per tendenze sessuali, solleva critiche sul fatto che una relazione omosessuale violi “maggiormente” la dignità della moglie.



omosessuale o eterosessuale, non è di per sé idonea a determinare la lesione di interessi meritevoli di tutela dell'altro coniuge.

Questa fattispecie ci mostra come i tribunali non sono così sicuri della correttezza e dell'opportunità dell'esclusione del risarcimento quando la vicenda sia soltanto un' infedeltà matrimoniale, ma è curioso che la conclusione sia l'esclusione del risarcimento in ambedue i casi, invece di ammetterlo per i due tipi d'infedeltà, omosessuale ed eterosessuale. Cioè, mi sembra ragionevole la decisione del Tribunale di Brescia ma per quale motivo non dovrebbe essere costruita parimenti con i caratteri dell' *'ingiustizia'* anche l'infedeltà eterosessuale?

D'altra parte, risulta assurdo che i tribunali riconoscano il risarcimento nei casi di *'danno ingiusto'* sul diritto alla sessualità dell' interessato, cagionato per il medico oppure per il terzo in un sinistro stradale, ma rimanga dissimulato poi il diritto alla sessualità nei casi di infedeltà matrimoniale⁸¹.

--La Corte d'Appello di Milano, 12 aprile 2006⁸², che ammette il risarcimento del *'danno esistenziale'*, quale conseguenza della dichiarazione di nullità del matrimonio viziato da errore essenziale sulle qualità del coniuge, consistente nello stato di gravidanza causato da persona diversa dal marito, sotto il duplice profilo del danno da privazione affettiva per la perdita della qualità di padre (e nel caso di specie anche di nonno) a seguito dell'accertata non paternità biologica del figlio ricorrente e del danno cagionato dal comportamento della convenuta, che ha inciso sulla libertà matrimoniale del futuro marito. In un caso differente sempre sulla gravidanza di un altro uomo diverso dal coniuge, viene restituito dalle cronache della città di Genova, che un quotidiano descrive in questi termini⁸³: un marito chiede al Tribunale civile un cospicuo risarcimento a titolo di *'danno esistenziale'* per l'inganno, subito dalla moglie, circa la paternità del figlio nato in costanza di matrimonio. Per sei lunghi anni l'uomo aveva creduto di essere il padre del bambino, lo aveva visto nascere, accudito, accompagnato a scuola, festeggiato in vari compleanni e ricorrenze, curato, amato. All'improvviso, la moglie –nel corso di una lite- gli confessa che il figlio non è suo, bensì di un altro uomo. Verosimilmente, scrivono CENDÓN e SEBASTIO, in casi del genere sarà ipotizzabile un *'danno esistenziale'* per lo stravolgimento sul piano affettivo e relazionale della vittima di tale disavventura⁸⁴. Curiosamente, le poche fattispecie spagnole che mostrano l'avanzata dell'esigenza di responsabilità civile per l'inadempimento del dovere di fedeltà sono molto simile a questo caso. In tutti quanti, la responsabilità civile non deriva mai dall'inadempimento del dovere di fedeltà matrimoniale ma della perdita affettiva di un rapporto nato e coltivato, si pensava, con il proprio figlio.

⁸¹ *Vid.* per esempio, Cass. 11 novembre 1986, n. 6607, in *Foro it.*, 1987, 833.

⁸² In *Fam. e dir.*, 2006, p. 509.

⁸³ *Il Secolo XIX*, 20 ottobre 2002, 21.

⁸⁴ CENDÓN e SEBASTIO, *Giovanna* (n. 18), p. 1257 ss.



---Nello stesso senso Trib. Milano, 4 giugno, 2002⁸⁵. Nel caso di specie, i coniugi avevano celebrato il matrimonio dopo sette anni di fidanzamento nell'intento di avere in breve tempo un figlio; subito dopo aver appreso la notizia della gravidanza, il marito aveva iniziato a manifestare ostilità ed indifferenza nei confronti della moglie, invitandola ad interrompere la gravidanza, dichiarando di non voler proseguire la convivenza matrimoniale ed opponendo un inspiegabile silenzio su tali decisioni. Inoltre, il marito aveva iniziato ad assentarsi da casa, anche sino a notte fonda o per più giorni, senza alcun preavviso e senza indicare recapiti; intratteneva una relazione extraconiugale con un'altra donna; per mesi aveva comunicato con la moglie solo con rari e laconici messaggi scritti, rendendosi irreperibile anche in momenti di bisogno della moglie, facendole mancare ogni assistenza affettiva, morale, psicologica e materiale nel corso della gravidanza, non preoccupandosi delle sorti del nascituro, con la conseguenza che la moglie era incorsa in un grave stato depressivo. Il Tribunale pronuncia la separazione con addebito a carico del marito, ma lo condanna anche, indipendentemente dalla separazione, a risarcire la moglie per il danno subito con 10 milioni di lire⁸⁶. Come ricordano CENDÓN e SEBASTIO, il quesito per i giudici verteva soprattutto sulla possibilità, per una giovane moglie, incinta, ferita da episodi vari di spregiudicatezza, soverchieria, trivialità e indifferenza, di ottenere dal marito un risarcimento, in relazione all'ingiuriosità e odiosità di quelle condotte⁸⁷. E ciò indipendentemente dai

⁸⁵ Trib. Milano 4 giugno, 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 278 ss., con nota di FUSARO, Responsabilità aquiliana nei rapporti tra coniugi e tutela della personalità, e in *Guida al dir.*, 2002, n. 24, p. 37, con nota critica di M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*. FINOCCHIARO, Alfio, "Libro I, Delle persone e della famiglia, Tomo II (artt. 79-149)", in Cesare Ruperto, *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 943 rifine: "Pertanto una tale responsabilità può affermarsi: a) ove venga accertata sia l'obiettivo gravità della condotta del medesimo, sia la sussistenza di un danno riconducibile non già alla crisi coniugale in quanto tale ma alla condotta illecita (nel caso di specie, è stato risarcito il danno non patrimoniale ad una donna abbandonata dal di lei marito all'indomani della notizia della sua gravidanza) (Trib. Milano 7 marzo 2002, *Giur. it.* 2003, 927; *Danno e resp.* 2003, 644, con nota informativa di G. MIGLIORATI, *Il risarcimento dei danni da violazione dei doveri sponsali*); b) ove risulti accertata la sussistenza di un danno a carico dell'altro coniuge e la sua riconducibilità in sede eziologica non già alla crisi coniugale in quanto tale –di per sé produttiva di uno stato di sofferenza psico-emozionale, affettiva e relazionale, oltre che talora di disagio economico e comportamentale a carico di almeno una delle parti –bensì alla condotta lesiva, in quanto posta in essere in aperta e grave violazione di uno o più doveri coniugali (Trib. Milano 4 giugno 2002, cit)".

⁸⁶ FINOCCHIARO (n. 85), pp. 942-943: "La responsabilità risarcitoria ex art. 2043 in caso di violazione dei doveri coniugali è invocabile allorché il comportamento censurato risulti posto in essere in violazione dei principi fondamentali di necessaria tutela della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, da intendersi quale legittima aspettativa dei coniugi ad un pari benessere e ad una pari realizzazione personale nella vita coniugale pure in relazione alle diverse prerogative ed esperienze correlate alle specialità di genere di ciascuno, e di necessaria tutela della maternità".

⁸⁷ Nella fattispecie è riconosciuto il distacco materiale e morale dalla sposa, anzitutto; la relazione accesa con un'altra donna, la probabile consumata infedeltà, il disgregarsi del linguaggio di coppia, lo spregio e il crescente disinteresse mostrato verso la compagna di vita, nonché rispetto al nascituro, l'immatunità nell'aver calpestato un sincero affidamento, la leggerezza per avere, evidentemente, contratto il matrimonio in modo disinvolto e inconsapevole.



profili relativi alla separazione personale, misura richiesta inizialmente al tribunale; i danni che potrebbero essere causati magari anche da parte di una coppia di conviventi, o tra fidanzati di lunga data, o all'interno di un'unione omosessuale, e così via. CENDÓN e SEBASTIO risaltano l'indubbia importanza, giuridica e culturale di questa decisione milanese ma criticano la piccolezza del *quantum* risarcitorio⁸⁸.

In Spagna, il Tribunal Supremo rigettò l'ipotesi di avanzamento della richiesta risarcitoria con la sentenza del 30 luglio 1999, la quale, malgrado qualifichi l'infedeltà matrimoniale come causa d'inadempimento contrattuale, non ammette che si possano verificare effetti economici *'con eccessiva semplicità di ragionamento'*.

Nonostante, negli ultimi anni ci siano state alcune sentenze sul tema, per esempio quella della Udiencia Provincial de Valencia del 2 novembre 2004, che promuove l'orientamento positivamente funzionalizzato alla possibile condanna *in solidum* al risarcimento sia per il coniuge infedele che per il suo amante abituale. Il marito, quando scopre l'infedeltà di sua moglie, si separa. Dopo, attraverso prove di paternità, verifica che tre dei quattro figli legittimi non erano suoi ma dell'amante di sua moglie, ragione per cui esercita un'azione di responsabilità civile nei confronti della moglie infedele e l'amante. In prima istanza viene accolta parzialmente la sua pretesa risarcitoria condannando i danneggiati a pagare 50.000 Euro, per danno morale, per la perdita del vincolo biologico con riferimento ai minori come conseguenza della occultazione della paternità; è rigettata, invece, la riparazione del maggiore impatto emozionale, prodotto per l'infedeltà stessa, argomentando che questa non può essere risarcita. La sentenza innalza, nonostante, l'entità dell'importo a 100.000 Euro il danno risarcibile per considerare anche indennizzabile il *'danno morale'* del marito, risultante dello stretto inadempimento del dovere di fedeltà da parte della moglie. Nella pronuncia il danno risarcibile con la *"dolencia [del marido] que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos"*, perdita alla quale si riconosce *"una entidad semejante a la de la pérdida física de éstos"*. Ma, più avanti, per giustificare l'aumento del risarcimento afferma che *"los padecimientos del demandante, no pueden imputarse sólo al descubrimiento de su no-paternidad, sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa"*⁸⁹.

⁸⁸ CENDÓN e SEBASTIO (n. 18), p. 1257 ss.: *"Non sembra possa parlarsi, nel contesto in esame, di un quantum risarcitorio (dieci milioni di vecchie lire: il prezzo di un'utilitaria usata) davvero adeguato all'intensità dell'illecito. Né, verosimilmente, di un ammontare proporzionato alla serietà delle ripercussioni inflitte alla donna tenuto conto, in particolare, della solitudine di quest'ultima nel corso della gravidanza, dell'irrispettosità del ricorso sistematico ai bigliettini, della latitanza nei contatti con i medici, delle molte altre ombre e risonanze per la vittima (individuabili nella vicenda: i pesanti vituperi per la femminilità, il senso di vuoto e smarrimento in casa, un figlio da allevare da sola per l'avvenire, le aspettative più profonde irrisse, gli imbarazzi e disagi circostanti)"*.

⁸⁹ Cfr. VERDA y BEAMONTE, José Ramón, *"Tendencias actuales del Derecho de Familia en España"*, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 7, Dicembre 2006, p. 173.



Soppressi con la legge 15/2005 dell' 8 luglio, le cause di separazione e di divorzio hanno come principali conseguenze l'inadempimento dei doveri personali del matrimonio, cosa inusuale nel Diritto comparato; una parte della dottrina opina che ciò determinerà in un futuro prossimo maggiori effetti sull'inadempimento, e la coesistenza di una responsabilità civile *generale* o *specificata* nel Diritto matrimoniale. In questo senso, ATIENZA NAVARRO considera, ricordando che autori come LACRUZ e GARCÍA CANTERO ammettono di solito questa possibilità, che “quizá en la actualidad cobren mayor interés las cuestiones relacionadas con la posibilidad de obtener una indemnización de daños y perjuicios por ese motivo” e “los Tribunales se animen a conceder estas indemnizaciones acreditado el daño producido por el incumplimiento de los deberes conyugales”⁹⁰. Più ancora, la soppressione delle sanzioni *speciali* per il caso d'inadempimento dei doveri coniugali ha fatto crescere l'importanza di svolgere le sanzioni *generalis*; con altre parole, le riforme del Diritto di famiglia spagnolo del 2005 hanno messo in evidenza quando sia urgente una disciplina, in conformità ai principi generali del Diritto, del regime speciale di responsabilità civile nel Diritto di famiglia che, ampiamente svolto in altri paesi, si trova in Spagna in fasce⁹¹. Questa necessità non trova adesso nessuna scusa:

“Es más, una vez suprimida la causa de separación basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, parece inevitable hacer entrar en juego el artículo 1.902 del *Código Civil*, para asignarles alguna consecuencia, si no se les quiere privar de trascendencia jurídica y convertirlos en meros imperativos éticos, lo que no casa con el claro tenor de los artículos 67 y 68 del *Código Civil*, que –recuerdo- hablan de ‘deberes’ y de ‘obligaciones’. Y es que una cosa es suprimir cualquier tipo de referencia a la idea de culpa en el régimen de las causas de separación y divorcio, que es lo que hace la ley 15/2005, y otra cosa, muy distinta es negar el resarcimiento de los daños morales, producidos por un incumplimiento culpable de los deberes conyugales, para lo cual no veo ninguna razón consistente. Desde luego, no me lo parece el argumento de que la reparación de estos daños pueda suponer una especie de restricción indirecta al ejercicio de la facultad de divorciarse, porque, con el mismo argumento, podría sostenerse la improcedencia de sujetar al cónyuge que solicita el divorcio al pago de una pensión compensatoria o de atribuir la vivienda conyugal al cónyuge no propietario, en cuya compañía queden los hijos o cuyo interés sea el más necesitado de protección”⁹²

⁹⁰ ATIENZA NAVARRO, M^a Luisa, “La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio”, in José Ramón de Verda y Beamonte, *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161.

⁹¹ *Vid.* NOVALES ALQUÉZAR, M^a Aránzazu, “Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges”, *Revista Jurídica del Notariado*, n° 60, octubre-diciembre, 2006, pp. 197-218, e *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy*, Comares, Granada, 2007, p. 117-141.

⁹² VERDA y BEAMONTE (n. 89), pp. 159-190, especialmente p. 169-173 y, sobre todo, en VERDA y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi, Navarra, 2006.



Quest'urgenza di dare un significato alla giuridicità di questi doveri in Spagna risulta incrementato, perché la legge 15/2005, non soltanto elimina le cause di separazione e divorzio, ma anche aumenta i doveri tra i coniugi creando il nuovo dovere di corresponsabilità tra marito e moglie⁹³.

5. Come si tratta di obblighi giuridici, il contenuto personale del Diritto matrimoniale è sottoposto al processo di costituzionalizzazione del diritto civile. Come scrive FERRANDO in Italia: “Il fatto è che la violazione degli obblighi familiari mette in gioco diritti fondamentali della persona, la dignità, l'eguaglianza, la libertà, l'autonomia, i diritti di rango costituzionale, la cui lesione merita piena tutela”⁹⁴.

In molti paesi non è stata applicata la costituzionalizzazione, in particolare con riguardo al diritto di famiglia. Invece, in altri accade il contrario. Per esempio, in Argentina, il dovere di non danneggiare si trova costituzionalmente riconosciuto. In effetti, l'articolo 19 della *Costituzione* argentina consacra la massima *alterum non laedere* o principio di non danneggiare gli altri in genere, la cui interpretazione *al contrario* obbliga a riparare tutto il ‘danno ingiusto’, anche quello causato all'interno della famiglia⁹⁵. Forse per la consacrazione espressa di questa massima è stato ammesso il risarcimento per danno morale nel Diritto della famiglia in questo paese.

Si deve badare che i diritti fondamentali, come principi costituzionali, potranno diventare diritti politici, puramente formali, tralasciando di essere “diritti della persona umana”, per una difettosa assimilazione del pluralismo e per l'inserzione “en un sistema formal de derechos y deberes, predominando su carácter abstracto”⁹⁶, giacché come credeva DE LOS MOZOS, i diritti umani non *sono* soggetti al comandamento del pluralismo e della tolleranza, ma *sono* il contenuto della tolleranza e della libertà⁹⁷.

Del resto, si sa che ogni paese ha il suo proprio processo di costituzionalizzazione; *v. gr.*, in Spagna si svolge a partire dal meccanismo previsto nel articolo 53 della Costituzione.

⁹³ Nel articolo 68 del Código civil spagnolo si aggiunge al dovere di coabitazione, fedeltà e soccorso, un paragrafo nuovo: “Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

⁹⁴ FERRANDO (n. 59), p. 2.790.

⁹⁵ MEDINA, Graciela, y KANEFSCCK, Mariana, “Daños entre cónyuges”, *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001-2, p. 146.

⁹⁶ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis, “Reflexiones sobre derecho, justicia y libertad en el II centenario de la muerte de Kant”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tercera época, año CLII, abril-junio, n° 2, Madrid, 2005, p. 196

⁹⁷ *Idem*, p. 200.



Nonostante, il fenomeno della costituzionalizzazione del Diritto civile sia assai recente in Francia e nei paesi eredi del *Code*. Le classiche idee francesi sulla separazione di poteri, di ripugnanza all'ingerenza dei giudici nel controllo della costituzionalità insieme alla maggiore tradizione e permanenza del Diritto civile e in particolare il prestigio del *Code*, sono stati ostacoli quasi insuperabili per riconoscere praticamente che la Costituzione è la regola fondamentale dello Stato. Tuttavia, il processo avanza in alcuni paesi eredi del *Code*⁹⁸. D'altra parte, la costituzionalizzazione del Diritto ha impregnato da sempre il Diritto nordamericano. Non segnalò invano Alexis de TOCQUEVILLE che la Costituzione vincola così i legislatori che i semplici cittadini⁹⁹. Il fenomeno ha anche una certa tradizione in Germania, dove l'espressione *Drittwirkung der Grundrechte* indica l'effetto delle garanzie costituzionali nella sua azione con i terzi come accade anche in Italia¹⁰⁰.

Per quanto riguarda l'esigenza di rispetto dei diritti fondamentali nella legalità costituzionale, nell'ambito del compimento del dovere di fedeltà come dovere personale contenuto nell'istituzione del matrimonio accolta nei Codici civili, la giurisprudenza ha riconosciuto che la pretesa inapplicabilità delle regole di responsabilità civile in materia di violazione dei doveri coniugali lascerebbe dubbi di costituzionalità, per il fatto che, in tal modo, l'art. 2043 c.c. diventerebbe inoperante, anche nel caso di condotte che cagionano 'danno ingiusto' per essere lesive di diritti inviolabili tutelati in modo pieno ed assoluto anche a livello costituzionale¹⁰¹. In generale: "È noto come la sfera dei diritti assoluti sia stata oggetto di grande trasformazione negli ultimi decenni, tesa ad assicurare alla persona l'effettivo riconoscimento dei principi sanciti dalla Costituzione, e come la tutela risarcitoria sia stata il campo di affermazione di questa linea di sviluppo"¹⁰².

Come punto di partenza è chiaro che il tema della responsabilità civile nell'ambito delle relazioni domestiche¹⁰³ deve essere inquadrata nel contesto della progressiva valorizzazione delle posizioni individuali¹⁰⁴ che è immutabile¹⁰⁵ ed è caratterizzata da un

⁹⁸ Per esempio, negli ultime decenni, la costituzionalizzazione del Diritto privato in Chile è stata spinta attorno al chiamato "recurso de protección". *Vid.* GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2001, in particolare, pp. 283 ss.

⁹⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de, *De la democrazia in America* (reedizione), Rizzoli, Milano, 1992, p. 119.

¹⁰⁰ *Vid.* GALGANO, Francesco, *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1979.

¹⁰¹ In tal senso, Trib. Milano 4 giugno 2002. Discute anche la stessa questione Trib. Venezia, 3 luglio, 2006.

¹⁰² FRACCON (n. 28), 367.

¹⁰³ *Vid.* PATTI (n. 11).

¹⁰⁴ SESTA, Michele, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, Milano, 1998, pp. 811-817; SESTA, Michele, "Verso nuovi sviluppi del principio di eguaglianza tra coniugi", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 385 ss.; SESTA, Michele, "Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione arriva in Cassazione", in *Fam. e Dir.*, 2005, 370. *Vid.* anche MENGONI, Luigi, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra pubblico e privato*, Milano, 1979, p. 286; ZATTI, Paolo, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, Milano, 2002, p. 19 ss.



singolare percorso, lungo il quale si sono incontrate l'elaborazione, intensissima negli ultimi anni, dei "nuovi" danni risarcibili¹⁰⁶ e quella, altrettanto ricca, che ha interessato i mutamenti delle relazioni giuridiche tra familiari¹⁰⁷. La Corte di cassazione ha affermato pochi anni fa: "nel sistema delineato dal legislatore del 1975 il modello di famiglia-istituzione, al quale il *Codice civile* del 1942 era rimasto ancorato, è stato superato da quello di famiglia comunità, i cui interessi non si pongono su un piano sovraordinato, ma s'identificano con quelli *solidali* dei suoi componenti"¹⁰⁸.

Con riferimento a quella seconda elaborazione, la medesima centralità della persona contraddistingue oggi la disciplina giuridica dei rapporti familiari. Come sostiene SESTA: "Venuto meno il profilo istituzionale, che voleva gli interessi dei familiari subordinati a quelli 'superiori' del consorzio, è mutata l'intera prospettiva in cui si collocano le situazioni attinenti la responsabilità civile; si pensi, in particolare, ai profili relativi ai nuovi spazi che l'illecito civile ha conquistato nell'area dei rapporti tra coniugi e tra genitori e figli, che testimoniano ancora una volta l'attenzione dell'ordinamento alle prerogative individuali, un tempo sacrificate dalle incombenti potestà familiari"¹⁰⁹. Si passa, in sostanza, dal controllo pubblicistico dei rapporti familiari di matrice fascista, con la rilevanza penale dell'adulterio¹¹⁰ e la indissolubilità del vincolo matrimoniale, alla piena parità tra coniugi introdotta con l'art. 29 della Costituzione, fino ad arrivare alla riforma del diritto di famiglia e all'introduzione delle leggi sul divorzio, quali espressioni delle libertà fondamentali dell'individuo. Lontano l'antico interesse dello Stato a perseguire certe condotte come l'adulterio; ciò che rappresenta oggi un motivo di per riflettere è la impertinenza dello Stato che ha rubato la bella parola "matrimonio", ha fabbricato per lo stesso una regolamentazione di senso ideologico e politico così come soffia il vento e sembra disinteressarsi delle conseguenze di una realtà veramente complessa e profonda.

La sessualità, ha affermato la Suprema Corte, costituisce uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente

¹⁰⁵ Anche le recenti disposizioni in materia di violenza familiare di 2001, che consentono al giudice di disporre l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente responsabile, sono nel segno della protezione della persona che prevale sulle ragioni dell'unità del nucleo.

¹⁰⁶ In particolare sono state create nuove figure che riflettono una più marcata attenzione dell'ordinamento nei confronti della persona e delle sue prerogative, attinenti piuttosto alla sfera fisica ed esistenziale.

¹⁰⁷ FACCI, Giovanni, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, in *I nuovi percorsi del diritto di famiglia*, diretti da Michele Sesta, Milano, 2004.

¹⁰⁸ Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 367, con nota di SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, e di FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della cassazione*.

¹⁰⁹ SESTA (n. 42).

¹¹⁰ Con la sentenza 19 dicembre 1968, n. 126, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2208 ss. la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità dei primi due commi dell'art. 559, che puniva l'adulterio della moglie lasciando impunito il reato commesso dal marito, e con la successiva decisione n. 147 del 3 dicembre 1969 prendeva analogo provvedimento nei confronti dei restanti due commi e dell'art. 560, che puniva il concubinato del marito, nonché degli artt. 561, 562 e 563, pure relativi a queste due fattispecie criminali.



tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona che l'art. 2 cost. impone di garantire¹¹¹. Quello che non è ammissibile è che i tribunali riconoscano l'obbligo di risarcire il coniuge che ometta d'informare l'altro prima del matrimonio delle proprie disfunzioni sessuali e che impedirebbero l'assolvimento dell'obbligo coniugale per fatto illecito, facendo così derivare dalla lesione del diritto fondamentale del coniuge l'impossibilità di realizzazione a pieno della famiglia¹¹²; mentre dall'altro lato non viene riconosciuto il 'danno ingiusto' quando l'infedeltà sia tale da ledere il diritto alla sessualità del coniuge tradito unito in matrimonio, generando obblighi giuridici personali, in un matrimonio comunque contratto liberamente da entrambi i coniugi.

Siccome la famiglia è il luogo privilegiato dello sviluppo della persona e di espletamento dei suoi diritti fondamentali, i diritti costituzionali che possono essere violati con l'inosservanza del dovere di fedeltà matrimoniale, secondo le circostanze della fattispecie sono:

1. *L'onore*. In Spagna, l'articolo 18, comma 1 Cost. dispone che: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". In Italia, invece, non c'è l'onore come diritto costituzionalmente protetto nella lettera delle disposizioni costituzionali, ma la giurisprudenza di merito ha ritenuto, ad esempio, applicabile la tutela aquiliana nel caso di violazione del dovere di fedeltà, quando la relazione extraconiugale sia stata svolta, rispetto all'ambiente in cui i coniugi vivono, con modalità tali da offendere la dignità e l'onore dell'altro coniuge. Il comportamento infedele rimane antiggiuridico indipendentemente da uno stato di variabile intolleranza soggettiva manifestato dall'altro coniuge¹¹³.

Di solito, viene in considerazione che ai fini della pronuncia di addebito si assegna un particolare risalto non al fatto in sé della relazione, bensì agli aspetti esteriori con cui è

¹¹¹ Art. 2 Cost.: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

¹¹² Cass. civ. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giur. it.*, 2006, 691, in *Fam. dir.*, 2005, 365, con nota di SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione arriva in cassazione*, e di FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, e in *Giust. civ.*, 2006, I, 98, con nota di A. MORACE PINELLI, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*.

¹¹³ PALOMBO, Valeria, "Brevi osservazioni sul dovere di fedeltà coniugale", in *Dir. eccl.*, 1998, 2, 293: "Pare fuori di ogni dubbio che la lesione del dovere di lealtà determini comunque offesa al decoro e all'onore del coniuge tradito, indipendentemente sia dalla tolleranza che quest'ultimo possa dimostrare in rapporto alla relazione adulterina, sia dal perdono che, per spirito di carità, egli possa concedere per la ricomposizione di un rapporto matrimoniale lacerato. Tantomeno può affermarsi violato il dovere di fedeltà solo quando il comportamento illecito sia reso, in qualunque modo, di pubblico dominio, uscendo dalla sfera intima e privata del coniuge adultero".



coltivata¹¹⁴. Dunque, in ipotesi di questo genere, l'ingiustizia del danno deve essere ravvisata nella violazione dell'onore del coniuge e non, invece, nella violazione del dovere di fedeltà, che rappresenta soltanto il mezzo attraverso il quale è stata effettuata causata la lesione di un interesse ulteriore, tutelato dall'ordinamento giuridico.

Può succedere che, nella fattispecie, il semplice sospetto d'infedeltà renda giustificato l'addebito, nel caso in cui sia leso l'onore dell'altro coniuge. In tali casi, in cui è stato leso l'onore e la reputazione di un coniuge, l'art. 2043 può indubbiamente trovare applicazione, con la conseguenza che vi è l'obbligo di risarcire il danno¹¹⁵.

2. *La libertà e il libero svolgimento della personalità* insieme al diritto *all'integrità fisica e psichica*. Il compito della famiglia è consentire la piena realizzazione ed espressione della personalità dei suoi componenti. L'articolo 2 Cost. italiana stabilisce che: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, ..." e il 3 aggiunge il compito della Repubblica di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana ..." ¹¹⁶. Dello stesso modo, secondo l'articolo 10 Cost. spagnola: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". L'articolo 15 della Costituzione spagnola aggiunge il diritto alla vita e all'integrità *fisica e morale*.

Di fronte a tali disposizione è ovvio che l'ingiustizia del danno non deriva e non può ravvisarsi nella "crisi coniugale" giacché ciascun coniuge ha il diritto di separarsi, di divorziare, di contrarre un nuovo matrimonio e formare una nuova famiglia. La facoltà fondamentale di separarsi e di divorziare dal proprio coniuge, senza condizioni o ritorsioni di sorta si trova oggi costituzionalmente garantita e inquadrata tra i diritti che tutelano la libertà della persona, vale a dire un bene di altissima rilevanza costituzionale, come dice la giurisprudenza italiana¹¹⁷. Il danno che eventualmente un coniuge può subire per il fatto stesso della rottura del vincolo coniugale non è un danno risarcibile ma quando costituisca

¹¹⁴ RICCIO (n. 58), p. 395: "Dall'analisi delle posizioni di dottrina e giurisprudenza, si ricava la convinzione che nessuno dubiti della risarcibilità dei danni arrecati ad un coniuge, a seguito delle violazioni dei doveri di cui all'art. 143 c.c., laddove tali violazioni siano tali da determinare la lesione di una posizione giuridica autonomamente tutelata dall'ordinamento. Si pensi, per ricordare le ipotesi più frequenti, alla violazione del diritto all'onore e/o alla reputazione che può scaturire dal tradimento; all'insorgenza di patologie mediche ed alla sussistenza di un danno biologico, in caso di abbandono della casa coniugale, e così via enumerando".

¹¹⁵ *Vid.* Cass. 13 luglio 1998, n. 6834.

¹¹⁶ Il diritto alla libertà personale si trova nel art. 13 della Costituzione italiana e il diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza nel articolo 15.

¹¹⁷ *Vid.* per esempio, Cass. 6 aprile 1993, n. 4108.



un “breakdown effettuato con modalità crudeli e inopinate, all’esclusivo fine di infierire sull’altro coniuge¹¹⁸.”

Si dimentica di solito che anche il coniuge tradito ha un diritto all’esplicazione della propria personalità nella sua autonoma determinazione al matrimonio e nelle aspettative di armonica vita sessuale con una sola persona, oltre a confidare in una vita coniugale fondata sulla comunità, sulla solidarietà e sul pieno svolgimento delle proprie potenzialità in ambito familiare, ossia di quella peculiare formazione sociale la cui tutela risiede negli art. 2, 3, 29 e 30 Cost.¹¹⁹; e l’infedeltà è incompatibile con il rispetto della scelta di vita familiare del coniuge tradito, impedendo la realizzazione di una completa comunione di vita fisica e spirituale caratteristica del matrimonio che tutte e due hanno scelto come opzione di vita. Ma al di là di belle dichiarazioni programmatiche, gli Stati non prendono in considerazione cosa involga una personalità, come ha sottolineato la dottrina civile sulle persone deboli all’interno della famiglia; e la persona debole in una situazione d’infedeltà è, quasi sempre, quella tradita¹²⁰. D’altra parte, è chiaro che il diritto di separarsi e di divorziare derivato del diritto costituzionale alla libertà della persona non sia “superiore” al diritto alla dignità, dal punto di vista costituzionale, neanche al diritto all’integrità fisica e morale consacrato dalla Costituzione spagnola.

3. *La dignità*: (Articolo 3 Costituzione italiana¹²¹ e articolo 10 Costituzione spagnola):

La famiglia svolge importanti funzioni con riferimento alla dignità dei suoi membri che, come tale, è assoluta¹²², dunque non possono essere permessi attacchi intrafamiliari alla

¹¹⁸ Trib. Milano, 4 giugno, 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 278 ss., con nota di FUSARO, *Responsabilità aquiliana nei rapporti tra coniugi e tutela della personalità*. *Vid.* SEBASTIO (n. 16), p. 76; CENDON e SEBASTIO (n. 18), p. 1307.

¹¹⁹ Art. 29 Cost. italiana: “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare”. Art. 30 Cost. italiana: “È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge prevedeva che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità”.

¹²⁰ CIANCIOLA, Ernesto, “Ontofenomenicità e tutela del soggetto debole all’interno della famiglia, in Europa”, in *Dir. fam.*, 2007, 02, 940: “Il dato *psicologico*, insomma, il quadro della personalità nella sua interezza è assente dalla considerazione delle legislazione di molti Stati. Si pensi solo ai suoi diritti o ai suoi doveri, alla sua anima peccatrice o sofferente, ma non si guarda alla crisi profonda che un evento possa aver causato nella psiche sia esaltandola, sia abbattendola. L’aiuto e l’ausilio psicologico sono lontani e lasciati solo alle iniziative assistenziali private o pubbliche. La solitudine come condanna, ad esempio, la perdita di *relazionalità*, la paura di nuovi incontri, il timore di soffrire ancora, l’incapacità di aprirsi al mondo, la perdita di autostima e sicurezza sono solo alcuni degli aspetti che affliggono il coniuge debole”.

¹²¹ Art. 3, comma 1 Cost. italiana: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”.



propria dignità, poiché oggi, sono gli interessi dei singoli a legittimare l'esistenza e la rilevanza della famiglia e non viceversa¹²³.

Veramente, secondo la dottrina più accreditata, in effetti, deve ritenersi superata la visione dell'interesse della famiglia come destinato a prevalere sull'interesse del singolo¹²⁴, che è preponderante in ogni caso¹²⁵. Ma da questa protezione dei diritti individuali derivano, da una parte, il rispetto al libero svolgimento della personalità (che consente di divorziare quando si vuole), ma d'altra parte, il rispetto alla dignità di entrambi i coniugi, che si configura come un altro diritto fondamentale costituzionalmente protetto, chiamato ad essere difeso. La S.C. ha affermato a chiare lettere come “il rispetto della dignità e della personalità di ogni componente del nucleo familiare assuma i connotati di diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente del nucleo della famiglia, così come da parte del terzo, costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano tutela diversa a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare”¹²⁶. In definitiva, ciò che s' intende tutelare mediante l'affermazione della responsabilità civile in famiglia “è la persona in quanto tale e non invece un interesse superindividuale o superfamiliare, ovvero un interesse che sia in qualche modo riconducibile allo *status* di coniuge o di familiare”¹²⁷.

¹²² AUTORINO STANZIONE, Gabriella, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 1997, 114 ss: “... se nell'ambito familiare trovano operatività immediata e diretta le norme costituzionali in tema di diritti fondamentali; se la famiglia stessa è calata in un sistema di diritti e di libertà fondamentali; se essa deve svolgere determinate funzioni qualificate all'interno dalla dignità personale, dallo sviluppo della personalità, dalla solidarietà familiare... E' necessario ... un controllo che non si limiti all'aspetto della legittimità o liceità, con riguardo ai tradizionali criteri della non contrarietà alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume; ma si estenda altresì al profilo positivo della meritevolezza di tutela, in base ai parametri desunti dalle norme costituzionali...”. *Vid.* PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 176.

¹²³ PERLINGIERI (n. 122), p. 476: “Sono questi gli interessi e gli scopi che legittimano l'esistenza e la rilevanza della famiglia e non viceversa. Diversamente una famiglia unita ma fondata sulla violazione dell'eguaglianza morale e giuridica dei suoi componenti dovrebbe non soltanto essere apprezzata dall'ordinamento, ma rappresentare altresì il parametro di valori idoneo a valutare la validità degli interessi e dei comportamenti dei singoli, fino a legittimare ogni forma di segregazione e di rinunzie, anche quelle che rappresentano il contenuto indefettibile dello *status personae* di rilevanza costituzionale”.

¹²⁴ Cfr. FRACCON (n. 28), 367: “non è la parità coniugale ad essere intaccata dalla prevalenza delle esigenze collettive; il suo ambito di operatività è esclusivamente la sfera delle libertà del singolo, l'interesse individuale, che viene messo a confronto con quello del gruppo”.

¹²⁵ PERLINGIERI, Pietro, “Sulla famiglia come formazione sociale”, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 39 ss, ritiene che, secondo l'art. 2 Cost, nell'ordinamento italiano “esiste un' atipicità di contenuto di tutela della persona umana”, e conseguentemente, non solo nell'ordine dei valori costituzionali si trova “una prevalenza delle situazioni soggettive esistenziali e personali rispetto alle situazioni patrimoniali, ma anche una chiara funzionalizzazione degli istituti dell'iniziativa economica privata e della proprietà rispetto alle esigenze della persona umana”.

¹²⁶ Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit., p. 368.

¹²⁷ CENDON e SEBASTIO (n. 18), p. 1.257 ss.



4. *Diritto alla salute e diritto all'integrità fisico-psichica*. Può ipotizzarsi anche il caso in cui una relazione extraconiugale provochi, nel coniuge tradito e persona già vulnerabile, un danno profondo, una vera e propria lesione alla salute psichica, o anche fisica dal punto di vista neurologico. In questo caso, l'indagine sull'ingiustizia del danno deve essere condotta attraverso una comparazione tra gli interessi in conflitto, considerando che la relazione extraconiugale in sé e per sé non può essere fonte automatica di responsabilità civile (senza provare che si sia cagionato un '*danno ingiusto*'), ma dovrà essere il giudice a valutare concretamente e per ogni singola fattispecie la situazione concreta di reale sofferenza, insomma, perché ognuno abbiamo una soglia di dolore e di afflizione differente, a seconda delle naturali sensibilità, esperienza di vita, relazione con gli altri, vissuto storico in famiglia, rapporto con i genitori e gli altri durante l'infanzia, ecc¹²⁸.

Il bene in gioco è in questi casi la salute, l'integrità fisico-psichica, la capacità procreativa, l'onore, la dignità, la libertà di movimento, tutti protetti costituzionalmente¹²⁹. Esistono però anche le valenze non difendibili se non a certe condizioni, che si traducono in malizia nell'altro coniuge (o che sono idonee a concretizzare la cosiddetta colpa grave) nei confronti del *partner*¹³⁰.

Nella nuova concezione della salute intesa non più come patrimonio statico da conservare, ma piuttosto come "un insieme di potenzialità da accrescere e da realizzare"¹³¹ si rende necessario, ai fini di una ponderata considerazione dei fattori che concorrono a concretizzare il danno psichico, "non solo individuare le compromissioni attuali, le perdite di capacità o di efficienza, ma considerare anche le attitudini e le disposizioni di fondo della personalità con le sue risorse potenziali"¹³².

¹²⁸ RICOEUR, Paul, *Sé come un altro*, Jaca Book, Milano, 1990, p. 286: "La sofferenza non è definita unicamente dal dolore fisico e neppure dal dolore mentale, ma dalla diminuzione e anche dalla distruzione, della capacità di agire di poter fare, che vengono sentite come un attentato alla integrità del sé. Qui, la titolarità dell'azione sembra spettare unicamente al soggetto che *dona* la sua simpatia, la sua compassione, in considerazione dell'aspettativa cui tende ed in prospettiva della condivisione della pena altrui. Nel rapporto tra tale beneficenza e benevolenza, l'altro sembra relegato ad una condizione nella quale ricevere soltanto [...] ed è in questo modo che si trasmette sofferenza chiamata alla responsabilità ad iniziativa dell'altro".

¹²⁹ Vid. G. e F., TORNESELLO, *La segregazione del familiare debole*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, di CENDON, Paolo, II, Cedam, Padova, 2001, 1289.

¹³⁰ CENDON e SEBASTIO (n. 18), p. 1.257 ss.: "Quelle ludiche, ad esempio, oppure le iniziative evasive, collezionistiche, domenicali, gastronomiche, tutto ciò che attenga allo sport amatoriale, al tempo libero, allo *shopping*, alla frequentazione dei festival, alle vernici, ai viaggi in Internet, etc. Infine il settore delle attività mai suscettibili di salvaguardia, sul terreno risarcitorio: le imprese illecite ovviamente (contrabbando, *racket*, prostituzione, spaccio di droga, commercio di armi), e poi quelle immorali, le ore dedicate all'alcool, i passatempi meramente oziosi, le frivolezze marcate, i giochi pericolosi, i pettegolezzi accaniti, le tresche, la mondanità turbolente, etc."

¹³¹ QUADRIO, Assunto, "Prospettive del danno biologico-psicologico", in *Giornate di studio sul danno alla salute*, Pisa 1989 (a cura di Bassi Luciani e Poletti), 249.

¹³² TOPPETTI (n. 68), 1591.



Insomma, il diritto costituzionale alla libertà della persona non è “superiore” al diritto alla dignità, dal punto di vista costituzionale, neanche al diritto alla salute e a quello all'integrità fisica e morale consacrato dalla Costituzione spagnola.

La Sentenza della Corte costituzionale spagnola n. 181 del 29 giugno 2000 è una pronuncia storica per il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni con riferimento a quelli di rilevanza costituzionale¹³³ operando un' evidente inversione di rotta rispetto al passato ed all'irrisarcibilità degli stessi, come espone REGLERO: “declara de forma solemne y por vez primera en el ordenamiento español, que el artículo 15 Const., en cuanto consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral, exige una tutela civil de tales derechos mediante un sistema adecuado y suficiente de reparación de los daños causados a los mismos (daños corporales y morales/daños psicofísicos). Pero no sólo esto, sino que, además, esa tutela no se reduce al mero reconocimiento de un derecho subjetivo para reclamar la reparación de los daños causados a dichos bienes, sino que contiene también un mandato dirigido al legislador al objeto de que articule una protección suficiente de aquellos bienes, cosa que debe presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado. En este sentido, el artículo 15 Const. *‘es un precepto relevante a la hora de examinar el régimen legal de la tutela por medio de la institución de la responsabilidad civil de los bienes de la personalidad que dicho precepto constitucional reconoce y garantiza’* (F.8). En consecuencia, sería inconstitucional una norma que excluyera o vetara la indemnizabilidad de este tipo de daños”; aggiungendo il Fondamento Giuridico 8 che la protezione costituzionale della vita e dell'integrità personale (fisica e morale) “*contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado*”¹³⁴.

Molti danni cagionati all'interno del rapporto personale tra i coniugi potrebbero essere inclusi nella categoria che REGLERO chiama ‘*danni psicofísicos*’, quelli che suppongono una lesione ai diritti fondamentali dell' articolo 15 Cost.¹³⁵. In particolare, l'inadempimento da parte di un coniuge dei doveri personali del matrimonio, colpisce in tanti casi l'integrità fisica e, soprattutto *morale*, dell' altro coniuge. REGLERO commenta, a proposito della

¹³³ La dottrina stabilita in questa sentenza è stata reiterata in altre posteriori, in concreto STC 242/2000, di 16 ottobre, 244/2000, di 16 ottobre, 267/2000, di 13 novembre, 21/2001, di 29 gennaio, 37/2001, di 12 febbraio, 9/2002, di 15 gennaio.

¹³⁴ REGLERO CAMPOS, Fernando, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, in REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 94; REGLERO CAMPOS, Fernando, “La Jurisprudencia del TC sobre el baremo de valoración de daños a las personas de LRCSCVM, posterior a la STC 181/2000”, RDPC, n° 18, CEPC, Madrid, 2004, p. 363.

¹³⁵ REGLERO CAMPOS, Fernando, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, in REGLERO CAMPOS (n. 134), pp. 94-97.



Sentenza della Corte costituzionale del 16 ottobre n. 244/2000 che “si esiste una protezione costituzionale del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 Const.), uno de cuyos mecanismos de tutela es la indemnizabilidad del daño moral (art. 9.3 LO 1/1982, de 5 mayo), no se ven las razones por las que no haya de esperarse la misma protección respecto de quien sufre esos mismos daños como consecuencia de otro tipo de hechos. Así vino a reconocerlo la STC 181/2000 (RTC 2000, 181), al marcar una línea divisoria entre los daños patrimoniales y los infligidos a los derechos protegidos por el artículo 15 Const., señalando que el mandato de especial protección que el artículo 15 Const. impone al legislador se refiere estricta y exclusivamente a los bienes de la personalidad, vida, integridad física e *integridad moral* (F. 8, último párrafo). La integridad moral es, en consecuencia, un bien constitucionalmente protegido, sea cual fuere la fuente del daño, y su tutela se lleva a cabo tanto por normas de naturaleza penal (preventivo-punitivas) como civil (fundamentalmente reparatorias y compensatorias)”¹³⁶.

Nonostante, come pone in luce REGLERO, al sustentare la tutela civile dei danni psicofisici nel articolo 15: “consecuencia inmediata sería que los actos, resoluciones y sentencias que vulneren una norma relativa a la reparación de los daños sufridos por tales derechos son susceptibles de recurso de amparo (art. 53.2 Const.), y también que toda norma sobre responsabilidad civil debería tener carácter orgánico (art. 81.1 Const.)”¹³⁷: “Sin embargo, anticipándose a este resultado, evidentemente no deseado, el propio Tribunal advierte, al comienzo del F. 8, que ‘la Ley 30/1995 por la que se introdujo el baremo, *no desarrolla ni regula los derechos a la vida y a la integridad física y moral que reconoce el art. 15 Const.*’, por mucho que sus contenidos tengan incidencia directa sobre los bienes de la personalidad a los que aquellos derechos sirven, y que también encuentran protección jurídica en el artículo 15 de la Constitución. Esto parece excluir aquella obligación. Pero si la protección civil de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 Const.) se hace por medio de Ley Orgánica (LO 1/1982), deben explicarse las razones para que no se haga lo propio con los derechos a la vida, a la integridad física y moral (art. 15.1 Const.). La cuestión no deja de ser delicada, y debe ser cuidadosamente estudiada por la doctrina constitucionalista”¹³⁸.

Dalla sua parte, si deve ricordare che il terzo in discordia non ha un obbligo giuridico di rispettare i rapporti degli altri neanche si può ammettere la responsabilità del terzo per induzione all’inadempimento dell’obbligo di fedeltà. La seduzione deve ritenersi attività pienamente lecita, altrimenti, la seduzione con promessa di matrimonio di matrice penalistica si trova abolita. Ma soprattutto il terzo ha un diritto soggettivo inviolabile costituzionalmente protetto, cioè, il diritto alla libera espressione della propria personalità e

¹³⁶ *Idem*, pp. 111-112.

¹³⁷ *Idem*, p. 117.

¹³⁸ *Ibidem*.



alla libertà di autodeterminazione nei rapporti interpersonali¹³⁹ che gli consentono di mantenere quelli sulla base delle garanzie costituzionali che s'imporrebbero all' eventuale interesse della famiglia. Ciascun individuo, infatti, ha la titolarità di un diritto assoluto, avente come contenuto la possibilità d'intrattenere relazioni interpersonali, che costituiscono beni protetti nell'ambito della tutela accordata alla personalità dell'individuo¹⁴⁰. Non esiste un diritto assoluto avente ad oggetto la famiglia, fonte, come tale, di un generale dovere d'astensione da ogni interferenza da parte degli altri, e il diritto d' intrattenere relazioni interpersonali sussiste anche se queste si allacciano con una persona sposata¹⁴¹.

La giurisprudenza si è occupata, in più di un caso, della responsabilità del terzo chiamato a risarcire il danno subito dal coniuge, a causa del tradimento, pronunciandosi abitualmente in senso negativo¹⁴². Il Tribunale di Monza, 15 marzo 1997 afferma non esistere “un diritto assoluto avente ad oggetto la famiglia”, come tale fonte di un generale dovere di astensione da ogni interferenza da parte degli altri. Una simile prospettazione evocherebbe un'arcaica concezione della famiglia. Tale istituzione è nel nostro ordinamento una comunità di persone libere con dei "reciproci diritti e doveri”. Lo stesso Tribunale esclude, poi, possa ipotizzarsi un' induzione all'inadempimento degli obblighi coniugali da parte del terzo, “posto che, fino a prova contraria, entrambi i coniugi sono persone pienamente capaci d'intendere e di volere e quindi in grado di autodeterminarsi nelle proprie scelte”¹⁴³ e se compiono o meno i doveri matrimoniali, loro ne risponderanno¹⁴⁴. Ma non si esclude in astratto una responsabilità del terzo, in caso di reiterate condotte ingiuriose idonee a ledere l'onore della vittima: condotte che, ovviamente, non potranno essere valutate secondo “la percezione soggettiva dell'attore”. Invece, la sentenza del Trib. di Roma 17 settembre 1989 ammette la responsabilità dell'estraneo nell'ipotesi d' induzione all'inadempimento dell'obbligo di fedeltà del coniuge, e qualifica il comportamento del terzo che induce la moglie di altri all'adulterio come ingiusto: “integra –qualora sia colposo o

¹³⁹ Trib. Milano 22 novembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 761 con nota di C. CHINDEMI, *Il “tradimento” del coniuge non è fonte di responsabilità extracontrattuale per l'“amante”, ma può esserlo per il coniuge infedele.*

¹⁴⁰ ZACCARIA (n. 38), 525, ritiene che la responsabilità del terzo, per induzione all'inadempimento del dovere di fedeltà sia configurabile, nel caso in cui sia possibile provare che il terzo abbia agito con l'intenzione di arrecare danno al coniuge tradito.

¹⁴¹ PATTI (n. 11), p. 125.

¹⁴² Con riferimento all'interferenza del terzo nei rapporti familiari, in Common Law, c'è la figura dell'*Enticement*, una vecchia *actio* contro qualsiasi persona che faccia perdere l'amore per il marito, i servizi o il *consortium* con sua moglie. Ma infedeltà, seduzione, adulterio non furono mai rilevanti per quest'*actio*. Oggi si trova abolita nella maggior parte di *common law jurisdictions*.

¹⁴³ Nello stesso senso Trib. Milano settembre 2002.

¹⁴⁴ Dice la sentenza del Tribunale di Monza de 1997: “Se la signora M. ha eventualmente violato gli obblighi coniugali, instaurando una relazione con un terzo e consentendo a questi di abitare nella casa assegnata dal giudice, sarà essa a dover rispondere di tale violazione e, una volta però che sia provato il nesso causale secondo il metro della causalità adeguata, delle relative conseguenze dannose”. Nonostante, in tal sentenza, la questione degli eventuali conseguenze risarcitorie dovute alla violazione dei doveri coniugali viene trattata solo incidentalmente, come *obiter dictum*.



doloso e determinante il danno- la figura dell'illecito aquiliano, in quanto lesivo d'interessi che, nel nostro ordinamento e nell'attuale momento storico, sono ritenuti meritevoli di tutela (naturalmente ad analoghe conclusioni deve pervenirsi se sia un uomo sposato ad essere oggetto delle affettuosità ed insistenti attenzioni di un'altra donna)¹⁴⁵. CENDÓN e SEBASTIO hanno criticato con intensità la tesi del Tribunale di Roma: “Il terzo deve andare esente da responsabilità ecco il punto –non solo per il fatto che gli obblighi coniugali sono necessariamente personalissimi, ma soprattutto per il motivo che la disciplina dell' induzione all'inadempimento è, in questa materia, inapplicabile; ciò in forza del principio dell' autodeterminazione del coniuge (salvo sempre il caso di condotte altamente lesive della personalità del coniuge: infedeltà ingiuriosa)”¹⁴⁶. In sostanza, la famiglia è una “società naturale” basata sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, i quali sono pienamente capaci d' intendere e di volere e quindi in grado di autodeterminarsi nelle proprie scelte. Proprio la capacità di autodeterminarsi del coniuge assume un carattere assorbente rispetto alle scelte di vita, soprattutto con riferimento al rispetto di obblighi personalissimi ed esclude così l'illecità della condotta del terzo.

6. È stato evidenziato come il sistema della responsabilità civile debba in linea di principio applicarsi anche ai rapporti tra i coniugi, poiché non vi sono motivi per ritenere che lo *status* di coniuge possa comportare una riduzione ed una limitazione alla tutela della persona; tuttavia, ciò presuppone in Italia, dove l'individuazione e la delineazione della responsabilità civile familiare si pone in essere attraverso la clausola generale dell'ingiustizia del danno (art. 2043 c.c.), che la condotta del coniuge può aver cagionato un ‘danno ingiusto’ nell'ambito della sfera d' interessi dell'altro¹⁴⁷, senza, peraltro, che ciò porti a concludere per un'automatica condanna al risarcimento del danno solo per la violazione dei doveri matrimoniali. Come conclude FACCI: “Se non si riconoscesse il risarcimento del danno, tale interesse rimarrebbe privo di tutela, perché non potrebbe essere compensato con i rimedi specifici previsti nel campo del diritto di famiglia; pertanto, la violazione dei doveri matrimoniali, deve rappresentare il presupposto, attraverso il quale è stato leso tale interesse ed è stato cagionato il danno ingiusto”¹⁴⁸. In somma, l'inosservanza dei doveri *ex art.* 143

¹⁴⁵ Trib. Roma 17 settembre 1989, in *Giur. merito*, 2001, 754, con nota di Lattanzi, “Dovere di fedeltà e responsabilità civile e coniugale”, in *Nuova giur. civ. comm.* 1989, I, 559, con nota di Paletto, in *Contratto e impresa*, 1990, 607, commentata da Cendon, *Non desiderare la donna di altri*.

¹⁴⁶ CENDÓN e SEBASTIO (n. 18), p. 1.257 ss. Nello stesso senso, FINOCCHIARO (n. 85), p. 930; RICCIO (n. 58), pp. 406-407; PILLA, Vittorio, “Gli obblighi coniugali e la responsabilità civile”, in Paolo Cendon (*a cura di*) con la collaborazione di Enrico Pasquinelli, *Trattati Persona e Danno*, III. *Le persone deboli. I minori. I danni in famiglia*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 3.001-3.002.

¹⁴⁷ Danno “che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale” (Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Contr. e impr.*, 1999, 1025, con nota di FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*).

¹⁴⁸ FACCI, Giovanni, “L'infedeltà coniugale e l'ingiustizia del danno”, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 2, 468.



c.c. inclusa la fedeltà, rappresenta una condotta lesiva dei diritti inviolabili della persona tutelati dagli articoli 2 della Cost. italiana e 10 e ss. di quella spagnola anche nelle formazioni sociali e dunque in famiglia. Come ricorda CICERO: “È evidente, infatti, che il diritto di un coniuge a mutare opinione in ordine al rispetto dei doveri coniugali non è inferiore al diritto dell’altro coniuge a protrarre *usque ad mortem* il rispetto del corrispondente obbligo”¹⁴⁹.

Comunque, il dovere di fedeltà viene inteso in senso ampio ed elastico, quale dovere di correttezza, lealtà e comunicazione, e non più come *ius in corpore*. In questo senso sembra esprimersi la giurisprudenza più recente, e la dottrina offre un’elencazione delle varie ipotesi descrittive della violazione del dovere di fedeltà idonee a causare dei danni. Secondo CENDÓN e SEBASTIO, condotte illecite come: “I tradimenti veri e propri, i rapporti sessuali (con altre persone) protratti nel tempo e vissuti con intensità e abnegazione. Le intese, anche caste e platoniche, ma esclusive avvolgenti, tali comunque da monopolizzare ogni fremito del convenuto. In qualche modo -nei casi limite- anche le evidenze esterne della ‘tresca’, le supposizioni non contrastate, i pettegolezzi tollerati o incoraggiati. Soprattutto la fenomenologia (forse meno vistosa, ma tanto più desolante) dei ‘recessi’ totali nella qualità dello scambio: le fughe ingiustificate dalla comunicazione, allora, i silenzi crescenti, gli steccati ritorsivi, il gelo fra le lenzuola, l’aridità pervasiva, il muro contro muro, il non fare più niente insieme; i contraccolpi –dall’altro lato- di tutto ciò: frustrazioni notturne, romanticismi dissolti, attese sprecate, gesti non più tentati, palpiti contorti e solitari. Il senso della rottura e del rifiuto, le catatonie del corpo e della mente, le emozioni scomparse, i ricordi e paragoni crudeli. Il contrario di ciò per cui ci si era sposati”¹⁵⁰. Siccome il dovere di fedeltà è un dovere giuridico matrimoniale (non si può ammettere che quello che contiene il *Codice civile* sia non giuridico, ciò sarebbe assurdo), quando queste condotte causano un ‘danno ingiusto’ fisico o psichico e colpiscono diritti fondamentali e inviolabili protetti dal testo costituzionale, nasce l’obbligo di risarcire egualmente conformemente all’ articolo 2043 in Italia e all’ articolo 1902 del Código civil spagnolo, verificata la concorrenza del nesso causale¹⁵¹.

Il problema del nesso di causalità obbliga il giudice a controllare se il fatto illecito costituisce la vera e propria causa o soltanto l’occasione della malattia psichica, cioè, “il ruolo del tutto marginale dello stimolo accidentale, che faccia emergere uno stato morboso latente nel soggetto leso”. Quindi, si deve analizzare la genesi multifattoriale del disturbo psichico (nel senso che alla sua origine non può rinvenirsi una sola causa, ma una molteplicità di condizioni, una serie di fattori –biochimico, psicologico, familiare, sociale, che interagiscono in una variabilità pressoché infinita ed irripetibile da individuo a individuo e il disturbo psichico non è la mera somma di tanti fattori, ma è l’*irripetibile* modo

¹⁴⁹ CICERO (n. 13), 2449.

¹⁵⁰ CENDÓN e SEBASTIO (n. 18), p. 1257 ss.

¹⁵¹ Art. 1.902 Código civil spagnolo: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.



secondo cui, in quel soggetto i singoli fattori si sono integrati) per definire se la responsabilità del danno psichico vada imputata solo all'autore del fatto illecito o risulta invece necessario riconoscere un ruolo concausale anche alla struttura psichica del soggetto. Nell'esperienza dei paesi di *Common Law* si sostiene che sia, in linea di principio, sufficiente che il *tort* abbia determinato o contribuito "in modo essenziale" a provocare lo *shock*, (regola del "but for" test) nonostante l'incidenza di concause. Si può anche applicare la regola secondo la quale anche i danni riconducibili a predisposizioni delle vittime sono a carico del danneggiante (secondo la regola di *common law* "the tortfeasor must take his victim as he find him") cioè, il danneggiante deve prendere la sua vittima, così come egli la trova, nello "stato di gravidanza", con speciale "debolezza della personalità", nella "inusuale inclinazione all'eccitabilità nervosa, all'ansia ed alla depressione"¹⁵².

Il *quantum respondeatur* dev'essere valutato equitativamente per il giudice in relazione "alle possibilità di fronteggiamento e di reazione complessiva da parte della vittima, sotto il profilo sociale, psicologico, culturale, religioso, e così di seguito"¹⁵³ giacché "il risarcimento appare un mezzo destinato a entrare in gioco là dove sia stato leso l'individuo, in quanto tale – sotto il profilo statuto o dinamico, reddituale o meno, fisico come psichico: allorché risultino compromesse, in particolare, l'esplicazione e la realizzazione della sua personalità (anima e corpo), per colpa di un familiare. Il senso della disciplina appare riferito, insomma, alle *condizioni peculiari della vittima*"¹⁵⁴; poiché un'atteggiamento infedele ingiurioso e crudele può non danneggiare il coniuge e, invece un atteggiamento del coniuge, anchorché banale, interagendo con altri fattori può costituire concausa di conseguenze psichiche¹⁵⁵. La soluzione sarebbe ricondurre il problema al concetto di "normalità" ai livelli di tolleranza della psiche, ma questo è scientificamente difficile e anche praticamente inapplicabile¹⁵⁶.

¹⁵² Vid. CASTIGLIONI, Raffaele, "Il problema del nesso di causalità materiale", in *Il danno psichico*, a cura di Brondolo-Marigliano, Giuffrè, Milano, 1996, 167; GIANNINI, Gennaro, "Riflessioni sul danno da menomazione psichica", in *Il danno biologico, patrimoniale, morale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 109.

¹⁵³ CENDON e SEBASTIO (n. 18), p. 1257 ss.

¹⁵⁴ *Ibidem*: "Molteplici i riferimenti da tenere presenti: a) anzitutto sul terreno *soggettivo*: in ordine, cioè, alla persona del danneggiante e alle modalità dell'azione/omissione (intensità e grado del dolo o della colpa, particolari necessità di vita, reiterarsi eventuale delle condotte, esser stato il torto consumato alla presenza dei figli piuttosto che di estranei, etc.), come pure alla figura della vittima (lignaggio del bene leso, gravità delle ripercussioni negative, conformazioni fuori dal comune, *penchant* e bisogni speciali); b) nonché, più ampiamente, su quello *oggettivo* e ambientale: durata del matrimonio, contesti religiosi, luogo della celebrazione, passati complessivi delle parti, contorni familiari d'origine, peculiarità condominiali o di quartiere, e così via". Sulla rilevanza fisiche e psichiche, della vittima o del danneggiante, in ambito di responsabilità civile, BUSSANI, Mauro, *La colpa soggettiva*, CEDAM, Padova, 1991.

¹⁵⁵ CASTIGLIONI (n. 152), p. 168; CASTIGLIONI, Raffaele, "Eventi traumatici modesti e sequele psichiche: il problema del nesso di causalità materiale", in *Dir. ec. ass.*, 1992, 441.

¹⁵⁶ "La collettività non è costituita da cittadini normali... esiste una varietà infinita di creature, aventi ciascuna un grado diverso di sensibilità" fu l'osservazione di Lord Waller J. in *Chadwick v. British Railways Board* (1970) 1 WLR 912, in un caso di salvataggio (cioè un c.d. *'rescue case'*) nel contesto di un disastro ferroviario. L'esistenza di un supposto *standard di normalità* in questa materia, provocherebbe, senza dubbio, un sorriso di FOUCAULT.



Comunque, come negare che a molte persone inquadrabili dentro un “*normal standard of susceptibility*” un’infedeltà o la rottura di un rapporto con la coppia può causare uno profondo *shock*, che il giudice dovrà valutare con l’aiuto dei tecnici¹⁵⁷.

In somma, considerati gli argomenti esposti si deve concludere che, se parliamo di giustizia, non dovrebbe esserci alcun problema affinché i giudici statuiscano il risarcimento al coniuge (neanche in relazione ad una coppia di fatto etero o omosessuale) che nella fattispecie è stata vittima di un’infedeltà che le ha causato un danno notevole, considerando l’affezione, la serenità e l’equilibrio individuale personale ipotizzato, lo stato depressivo in cui è possibile cadere o che la vicenda ha concorso ad aggravare, la lesione dell’autoconsiderazione e dell’autostima¹⁵⁸, la limitazione dell’interpersonalità, contro l’*‘essere*

Vid. FOUCAULT, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, en *Estrategias de poder*, Obras esenciales, vol. II, Paidós, Barcelona, 2002, pp. 169-281.

¹⁵⁷ Gioverebbe, naturalmente, l’esistenza di *judicial tariff schemes* per il danno psichico come si hanno svolto nel *Common Law*, al modo di un “tetto massimo complessivo” soltanto come “guida pratica” del giudice, senza imporre alcun tipo di rigidità o automatismo, ma questo tipo di tabelle valutative (*barems*) noi non li abbiamo per il ‘*danno psichico*’ così svolti nel Diritto continentale. TOPPETTI (n. 68), 1591 ricorda come in Inghilterra, il *Judicial Studies Board* è giunto ad nucleare quattro principali *guidelines*: “*minor* psychiatric damages da 500 a 1500 sterline; *moderate* psychiatric damage da 2500 a 7500 sterline; *moderately severe* psychiatric damage da 8500 a 20000 sterline; *severe* psychiatric damage da 22500 a 45000 sterline”. Cfr. *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, 2nd. ed., Londra, 1994.

¹⁵⁸ La sentenza della Corte d’Appello di Torino, 21 febbraio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 1555, nonché in *Arch. Civ.*, 2000, 867; e in *Fam. dir.*, 2000, 475, con nota di DELCONTE riconosce il c.d. *mobbing* familiare in ragione dei comportamenti vessatori del coniuge contrari ai doveri di correttezza e fedeltà e annulla la sentenza di primo grado fondata sulla pronuncia di separazione con addebito ma rifiuta il risarcimento del danno cagionato evidenziando la gravità di certi atteggiamenti che possono consumarsi all’interno della famiglia. Si trattava, in particolare, di una coppia di sposi, socialmente e culturalmente evoluti, giornalista lui e biologa lei, che erano giunti alla rottura del vincolo matrimoniale a causa del comportamento vessatorio, prepotente e sprezzante del marito. Questi, infatti, additava la moglie di fronte a parenti ed amici come persona “rifiutata e non riconosciuta, sia come compagna che sul piano della gradevolezza estetica, facendo anche valutazioni negative sulle modeste condizioni economiche della sua famiglia di origine, offendendola non solo in privato, ma anche davanti agli amici, affermando che avrebbe voluto una donna diversa ed assumendo atteggiamenti sprezzanti ed espulsivi, con i quali la invitava ripetutamente ed espressamente ad andarsene di casa”. Il comportamento denigratorio, mortificante e altamente lesivo della dignità della moglie era arrivato a tal punto ad incidere sulla personalità della donna e sulla sua autostima, che essa verrà condizionata, anche se non del tutto indotta, nella scelta di interrompere la gravidanza, non sentendosi in grado di procreare e di affrontare la maternità. Non solo: l’attacco all’autostima e personalità della *partner*, sia per le radici di appartenenza che per il suo aspetto estetico, disprezzato dal marito in presenza di parenti ed amici, aveva indotto la donna ad abbandonare l’insegnamento, per inserirsi in una diversa struttura pubblica, dove non le veniva richiesto di misurare le sue capacità professionali. Il marito, inoltre, rifiutava qualsiasi collaborazione domestica, ritenuta di esclusiva competenza della moglie e per lui dequalificante; si dedicava ad attività imprenditoriali incompatibili con la sua professione di giornalista, inducendo la moglie e i suoi familiari a figurare da prestanome, senza corrispondere loro alcun corrispettivo od utile; dichiarava liberamente in più occasione che lo *status* di coniuge gli noceva, in quanto gli impediva di esprimersi come avrebbe voluto; in occasione dello stato di gravidanza della moglie, l’uomo rivelerà alla suocera di sentirsi come se avesse *‘un morto in casa’*; concentrava le sue energie esclusivamente sulle propria affermazione professionale, curava *‘sempre e solo il proprio “avere” piuttosto che l’essere’*.



relazionale nel presente e nel futuro¹⁵⁹, l'attentato contro "la vita di ogni giorno", contro la "normalità", che non consente al coniuge tradito di continuare a vivere serenamente così come era in precedenza, non riuscendo a dismettere esternazioni comportamentali come il pianto incontrollato; insomma, la violazione del diritto alla sua realizzazione personale (art. 3 della Costituzione italiana e 10 della Costituzione spagnola) attraverso il compimento dell'attività realizzatrice della propria persona contemperato dal diritto fondamentale alla dignità, che in molti casi invece viene colpito; circostanze queste che di solito sono difficilmente provabili.

Non si comprende come potrebbe sostenersi che la rottura di un vincolo matrimoniale non produca, a volte, per alcune persone la compromissione di *'attività realizzatrici'*. Come potrebbe non produrre la compromissione e lo sconvolgimento delle quotidianità la scoperta di un'infedeltà del 'compagno di vita' Aldilà di ciò che si considera abitualmente, molti di questi casi non si manifestano quando il rapporto affettivo si è distrutto, piuttosto è l'infedeltà a produrre la rottura definitiva, oppure a determinare "il punto di non ritorno". L'eliminazione dell'indissolubilità del matrimonio, più ancora, l'ammissione di un matrimonio assolutamente deformalizzato (divorzio unilaterale dopo 3 mesi in Spagna e dopo 3 anni in Italia) non implica la necessaria e logica mancanza di un risarcimento per tali danni esistenziali cagionati dall'inadempimento dei doveri personali o dalla rottura del rapporto personale, soprattutto nei casi in cui sia ovvio che essa è stata provocata da uno dei coniugi.

Non solo ha diritto di essere soddisfatto nelle sue aspirazioni il coniuge che vuole la separazione oppure il divorzio ma eguale diritto alla conservazione ed alla salvaguardia del vincolo matrimoniale lo ha anche l'altro che invece non lo desidera e che anela alla realizzazione di tali diritti fondamentali tentando d'improntare dopo il matrimonio la sua vita in comune improntandola sulla fiducia. Il coniuge aveva legittimamente riposto affidamento nel vincolo coniugale, portando rispetto, conforto, sostegno, ma potendo anche eventualmente esperire azioni legali e legittime considerato che il matrimonio ha la sua disciplina tra le norme dei Codici civili¹⁶⁰.

¹⁵⁹ "Essere relazionale" che a volte soffre colpi da cui la persona non guarirà mai derivando grande dolore con effetti sugli aspetti più delicati dell'essere umano, come ricordano CENDÓN e SEBASTIO (n. 18): "riflessi interni di autostima, disponibilità verso il prossimo, futura capacità di abbandono emotivo, tasso di mondanità e colloquialità, apertura alle novità e agli incontri, affettività e socievolezza istintiva. [...]. Ciò che appare temibile, spesso all'origine di guasti senza ritorno, sarà proprio l'incrinarsi, nel caso di offese e cattiverie domestiche, di quella trama di fondo (amorosa, edipica, fantasmatica, spirituale, nostalgica, etc.) nella quale l'individuo era venuto proiettando se stesso, fino a quel momento. Compromessa è –di poco o di tanto- la grammatica di quell'affettività e tenerezza, che, sebbene inesigibile sulla carta, poteva aver caratterizzato in precedenza il tessuto intero delle relazioni tra la vittima e l'autore dell'illecito, con ripercussioni sull'atmosfera casalinga".

¹⁶⁰ AUTORINO STANZIONE, Gabriella, *Diritto di Famiglia*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 151: "L'obbligo di fedeltà, intesa come dedizione fisica e spirituale di un coniuge all'altro, che coinvolge ogni manifestazione



7. Non è questo il *locus* idoneo per criticare il formalismo giuridico dal quale era derivato il positivismo che, nonostante avesse conseguito alcune conquiste come la consacrazione del principio d'eguaglianza davanti alla legge, ha avuto la pretesa di astrarsi dai criteri dei valori, e questo è un risultato impossibile. Precisamente, afferma OLLERO che: “Al fin y al cabo, la incapacidad del positivismo jurídico para consumir su distinción férrea entre derecho y moral radicaba sobre la obviedad de que tal distinción exigía, paradójicamente, emitir un juicio moral”¹⁶¹. Come ha scritto Elías DÍAZ:

“A pesar de las reservas, la verdad es que el positivismo jurídico de nuestro siglo, al menos amplios sectores del mismo y nombres tan prestigiosos derivados de aquél como los de Kelsen, Hart o Bobbio, puede decirse que, en mayor o menor grado y de forma más o menos explícita, han sido necesaria y felizmente infieles a los postulados de la no valoración en el mundo del Derecho. [...] derivando en efecto del positivismo se llega, sin embargo, por ellos, a la comprensión de la inevitabilidad del tema valorativo y, después, al establecimiento de ciertos valores que pueden considerarse como racional y objetivamente fundados”¹⁶².

Quindi, bisogna sostenere una concezione materiale del Diritto, giacché quelle formalistiche sono false e nascondono dei presupposti che, altrimenti, non sarebbero stati discussi apertamente nella società democratica, ovvero l'effettività come valore nell' *'Analisi Economica del Diritto'*, o un tipo di società *'individualistica'*, nel caso dello stato liberale.

della vita piú intima del soggetto, nella sfera sentimentale e sessuale, non è piu diretto, come si affermava nella concezione tradizionale, alla garanzia dell'onore, del decoro o del prestigio dell'uno o dell'altro coniuge, bensí mira a salvaguardare e consolidare la comunione di vita materiale e spirituale. È giustificare, quindi, individuandone il contenuto nell'impegno di non tradire la fiducia che ciascun coniuge ripone nell'altro. In tal modo il dovere di fedeltà assume un significato assai piú ampio, da concretizzare con riferimento al singolo rapporto, utilizzando come criteri fondamentali quello della dignità personale e della solidarietà familiare. E' possibile affermare così che è insito nel contenuto del dovere di fedeltà anche quello di rispetto, valutabile con riguardo al fatto che uno dei coniugi, al solo scopo di ledere la dignità personale dell'altro, ad esempio, ponga in essere comportamenti tali da ingenerare la convinzione, personale dell'altro coniuge e nell'ambiente sociale, della violazione della fedeltà”.

¹⁶¹ OLLERO TASSARA, Andrés, “Derecho y Moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls”, Ponencia presentada en las XVI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social (sección española de la IVR), organizadas en la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, el 21 marzo 1997, *Revista de Estudios públicos*, n° 69, Santiago de Chile, verano de 1998, p. 28: “Al fin y al cabo, la incapacidad del positivismo jurídico para consumir su distinción férrea entre derecho y moral radicaba sobre la obviedad de que tal distinción exigía, paradójicamente, emitir un juicio moral”.

¹⁶² DÍAZ GARCÍA, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Taurus, Madrid, reimpresión en 1988, p. 290.



Ma il diritto è un diritto della persona, e alla persona corrisponde una condizione, una situazione esistenziale (DASEIN): minore, anziano, coniuge, ecc¹⁶³, e nel caso del coniuge, la vulnerabilità, ovviamente è tanto maggiore perché, in questo caso, l'affermazione di HUSSERL che "più cresce la relazioni tra i soggetti, più cresce l'autoconoscenza di se stesso" diventa uno strumento ineguagliabile per riuscire ad ottenere la massima felicità e il maggior danno personale. Come la persona è *'incardinata'* e considerata in concreto e non *'in astratto'*, i tribunali devono controllare il *'danno ingiusto'* cagionato tra i coniugi proprio dentro ogni situazione, attraverso l'analisi delle fattispecie, giacché la persona intorno alla quale è costruito il Diritto è una persona individuata *'in relazione'* ma non in un *'congiunto di monade leibniziano'*¹⁶⁴.

In verità non è possibile tentare di riscattare l'indissolubilità del matrimonio estrapolandolo dalla disciplina classica, proprio in considerazione del fatto che esistono i principi costituzionali che accolgono il diritto all'espressione della libertà personale in senso ampio. Ma bisogna anche ricordare che, accanto ai diritti inviolabili come l'onore o lo svolgimento della personalità (di entrambi i coniugi), altri sono stati regolati come il diritto alla dignità così come già spiegato in precedenza. La questione non è così semplice come se si dicesse che i nostri ordinamenti sono fondati sulla libertà del individuo. Una recente sentenza in Italia ha considerato che un'infedeltà omosessuale costituiva un attacco alla dignità della donna "maggiore" di un'infedeltà eterosessuale ma, sebbene la Corte d'Appello di Brescia del 5 giugno 2007 modificato la sentenza mettendo in chiaro che non c'è differenza alcuna tra loro, poi ritorna al passato e rifiuta il risarcimento in entrambi i casi, invece di riconoscere finalmente il risarcimento così per l'infedeltà omosessuale che eterosessuale perché indubbiamente entrambi attaccano la dignità.

¹⁶³ CIANCIOLA (n. 120), 940: "Il diritto non è un qualcosa di sterilizzato, asettico: vive *per e nell'uomo*, e, quindi, giocano, con esso, altri fattori come la morale, l'idea religiosa, la psicologia, l'analisi del profondo, la struttura di personalità. La vasta casistica che è sotto lo sguardo di tutti, d'altronde, offre spunti di analisi diversa. Non c'è solo il caso semplice di colui che abbandona moglie e figli e se ne va a vivere altrove, anche in un altro Stato. Ragioni sentimentali sopraggiunte, malattie gravi, patologie diverse, inducono le coppie a separarsi e, quindi, a divorziare. E tutto questo crea mondi divisi di solitudine e indifferenza, a volte aggravati da contesti sociali e ambientali".

¹⁶⁴ CENDON e SEBASTIO (n. 18), p. 1257 ss.: "E la traccia essenziale, al di là delle peculiarità statutarie delle singole figure, risulta sempre la medesima: la persona umana vista, anche nel diritto civile, non già come una sorta di *'monade'* leibniziana (chiusa in posizione fetale, sorda a ogni voce d'intorno), bensì quale creatura viva e pulsante, proiettata ogni giorno nella ricerca di sé, spinta a coltivare ovunque le proprie attese: non importa se di natura artistica, mondana, accademica, scientifica, piuttosto che ludica, sportiva, politica o associativa. Soprattutto: una visione dell'uomo quale creatura portata, fin dalla più tenera età, a "interfacciarsi" strettamente con il suo prossimo, negli aggregati e nei circuiti che le scorrono accanto: a cominciare degli spazi scolastici, dai luoghi del gioco e della amicizie, proseguendo poi con gli incontri del tempo libero, col mondo degli affetti e del sesso, con le intese di lavoro –lungo le varie curvature prescrittive che delinea l'art. 2 della Costituzione".



In generale, ci sono pronunce che hanno come epilogo la condanna del coniuge infedele a risarcire un danno che rappresenta la conseguenza della responsabilità civile adottando però soluzioni contorte e, generalmente, vi è una certa diffidenza così in Spagna come in Italia, a riconoscere l'obbligo del risarcimento in un ambito così sensibile e delicato che alcuni dichiarano “non giuridico”¹⁶⁵.

Senz'altro, le scelte sono soltanto due:

a) Riconoscere che siamo davanti a un tema senza caratteristiche “giuridiche” ma morali e agendo con coerenza, bisognerebbe togliere finalmente il matrimonio dai Codici civili, che sono, certamente, leggi ma non testi di catechismo così trasmettendo ai cittadini (che non devono essere ingannati su un argomento come la cultura) che si è in una “giungla legislativa” e che coloro i quali riusciranno a prevalere saranno quelli che avranno più potere, solitamente gli uomini, benchè sentimenti reazionari saranno sollevati dalle donne in un sistema carente. Un problema non può essere risolto se prima non lo si conosce; ma ammettere di poter causare dei danni al proprio coniuge senza invece nuocere ad un terzo, sembra eccessivo.

In modo corretto o sbagliato, l'unica disciplina che prevede l'istituto e la regolamentazione del matrimonio è il Diritto canonico. E' come se lo Stato avesse rubato il termine “matrimonio” per poi disinteressarsene, ma il regime del matrimonio e la sua crisi devono far pensare all'importanza del tema intimamente messo in relazione con l'identità delle persone, abbandonando ogni valutazione superficiale. *Matris-munium* significa ‘mestiere di madre’ e se questo momento è regolato dal Diritto canonico con un processo di prova-errore¹⁶⁶, non si può pensare di celebrare un matrimonio che non ha alcun contenuto,

¹⁶⁵ La sentenza del Supremo Collegio di 8 febbraio 1977, n. 555, condanna *ex art.* 2043 del *Codice civile* un coniuge che aveva impedito volontariamente la trascrizione del matrimonio presso i Registri dello stato civile. Si tratta di un caso assai singolare o, come spiegano CENDÓN e SEBASTIO (n. 18), meglio di un “recesso *post nuptias* al limite della bigamia”: un parroco aveva, infatti, consentito a celebrare matrimonio concordatario senza la documentazione completa (atto di nascita) del promesso sposo, dietro l'impegno da parte dei nubendi di adempiere alle formalità successivamente alla celebrazione. A causa del comportamento doloso del marito, il quale aveva trattenuto il proprio atto di nascita, utilizzandolo per contrarre matrimonio civile con altra donna, la trascrizione del matrimonio religioso era poi divenuta impossibile. In questo caso, il Supremo Collegio ravvisa nel comportamento del marito una responsabilità *ex art.* 2043 c.c., per i danni subiti dalla moglie in conseguenza dei mancati effetti civili del matrimonio religioso. La sentenza dichiara che il comportamento del coniuge che impedisce quella trascrizione, “non configura una mera inadempienza alla promessa di matrimonio, o violazione di semplice aspettativa, ma costituisce un fatto illecito lesivo del diritto dell'altro coniuge al completamento di una fattispecie intrinsecamente già realizzata”. Non se comprende la motivazione per cui non si dichiara direttamente questo uomo “bigamo di mala fede”.

¹⁶⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José, *La crisis del matrimonio (Ideas y hechos)*, Hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 135 y en nota: “Las distintas psicología y somatología de la mujer y del hombre les colocan en muy desiguales condiciones para arrostrar las consecuencias de la libertad sexual. Mientras que el hombre es el sexo infiel, la mujer es el sexo constante. La cacareada volubilidad e inconstancia de las mujeres no es más que un *lugar común* de la



nemmeno personale. Di conseguenza, se la verità è che il matrimonio soltanto ha un contenuto matrimoniale, allora inseriamolo definitivamente nella sezione dei contratti e basta.

b) Rendersi conto finalmente che il matrimonio contiene delle realtà complesse e situazioni vitali delicate e sensibili che, terminati i processi di secolarizzazione, gli Stati hanno lasciato senza protezione. Ciò che va risarcito è il danno cagionato *erga omnes*, anche quello provocato al coniuge (e qui la qualità particolare rileva come aggravante), valutati i requisiti per la regolazione della responsabilità civile rispetto al danno, alla causalità, alla colpa o al dolo, secondo i casi, e all'imputabilità¹⁶⁷. Se la risposta è che la famiglia è un istituto diverso e peculiare, dovremmo elaborare una regolamentazione speciale della responsabilità civile *endofamiliare*, ma senza lasciare indenne il danneggiato ed assicurando che è sufficiente l'addebito. (L'ordinamento spagnolo, che ha eliminato completamente le cause di separazione e di divorzio, non ha nemmeno la possibilità di prevedere l'addebito).

Senz'altro, sarebbe auspicabile che l'incontro tra marito e moglie "resti sempre possibile", una volta adempiuti precedenti e reciproci obblighi e doveri, verso vite incontrate e perse, con una naturale e ritrovata gioia di vivere, nella nuova ottica di un *Ubi*

literatura, que hasta hace poco ha sido hecha exclusivamente por y á gusto de los hombres. Lo que la verdadera observación nos dice es que, no obstante disfrutar el hombre de la prerrogativa de elegir, de iniciar el amor, es quien antes se había del mismo y siente la tentación de abandonarlo y sustituirlo por uno nuevo. El matrimonio, sobre todo el matrimonio perpetuo, es una victoria, y victoria magna, de la mujer sobre la fragilidad de las afecciones masculinas. [...]. Esta superior consistencia del amor femenino obedece a su mismo origen y á su peculiar y elevada naturaleza”.

¹⁶⁷ CENDON e SEBASTIO (n. 18), p. 1257: “Quanto ai profili della colpa e del dolo, si può dire che la valutazione del ‘comportamento dovuto’, e delle sue peculiarità soggettive, sarà destinata ad avvenire sulla base di alcuni parametri: a) da un lato, occorrerà prestare riguardo al rango intrinseco del bene, minacciato nella vittima: nel senso che, quanto più gli interessi appaiano ‘sensibili’ e di natura primaria (ad es. la salute, la libertà o la dignità personale), tanto meno dovrà bastare, agli occhi del giudice, in punto di repressibilità/colpevolezza (sarà sufficiente anche una negligenza leggera ai fini di un’eventuale responsabilità); e quanto più invece la posizione fatta valere figurasse labile, pretenziosa o banale, tanto più riprovevole dovrebbe manifestarsi la condotta dell’autore, anche come coloritura interna/psicologica, onde potersi fare luogo a condanne riparatorie; b) d’altro canto, non si tratterà di attivare *standard* del tutto esteriori: qualsiasi apprezzamento giudiziale (per la definizione del ‘comportamento matrimoniale’ esigibile) dovrà effettuarsi in chiave ragionevolmente *soggettivistica*, ovvero in funzione delle aspettative della vittima, della sua personalità e degli impegni in concreto assunti con le nozze (magari nel suggello formale di questa o quella pattuizione); c) scontato, infine, il rilievo da assegnarsi ai tratti generali della correlatività/vicendevolezza, fra condotta dell’autore e, rispettivamente, della vittima. Occorrerà procedere, dunque, ad una valutazione in chiave storicizzata dei singoli comportamenti, per il passato e per il presente (non disgiunta, beninteso, da considerazioni di tipo assiologico, quanto ai modelli sociali e culturali comunemente accettati). [...]. In generale, poi: non poco conterà –nelle decisioni sulla responsabilità fra sposi- la considerazione di fattori riferentisi all’età, all’etnia di provenienza di ciascuno, allo stato di salute, a elementi di tipo religioso e culturale, alla durata del matrimonio sino al momento dell’illecito, oltre che, come s’è detto, alle aspettative reciproche (stanti i vari atteggiamenti nel passato, e gli eventuali accordi intervenuti”.



Tu Gains Ego Gaja, dove, accanto all'assoluta libertà e indipendenza dei singoli ognuno sia *sui juris* in senso pieno; quest'ultimo concetto indica la mai sopita terrestre e sacra fertilità, fonte attrattiva e propulsiva di quella strana forza che è (*in*) Dio e che le donne *posseggono naturalmente* e che gli uomini *chiamano semplicemente: Amore*¹⁶⁸.

¹⁶⁸ CIANCIOLA (n. 120), 940.